



Departamento de Derecho Internacional

Programa de Doctorado



TESIS DOCTORAL

**RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DAÑOS
CORPORALES (ENFERMEDADES Y
MALFORMACIONES) DE MENORES DURANTE EL
EMBARAZO Y LA LACTANCIA**

Presentada por:

María José Alamar Casares

Dirigida por:

Josefina Alventosa del Río

Valencia, 2015

A mi padre que hoy estará un poco más orgulloso de su hija mayor
Este era su sueño y hoy el mío

A mi directora de tesis que creyó en mí más que yo misma y no me dejó
desfallecer

A mi madre una luchadora, a mi hija que aprendió a trabajar de madrugada
con mamá, a mi hermana, que siempre estuvo ahí, y a mis amigos que siempre
supieron que volvería

A mis compis de despacho que me propiciaron el espacio suficiente para que
la acabara

Gracias Namasté

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	6
INTRODUCCIÓN.....	8
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. EL CONCEBIDO NO NACIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.	19
1. Consideraciones preliminares.	19
2. La protección jurídica del concebido no nacido en el Derecho español. Panorama general.	20
3. La protección jurídica del concebido no nacido en el ámbito civil.	33
3.1. El artículo 29 del Código civil. Los efectos favorables para el concebido no nacido.. 33	
3.2. La indemnización derivada de la responsabilidad civil como efecto favorable a favor del concebido no nacido.	37
4. La protección de la integridad física y de la salud del concebido no nacido en el Derecho español.....	40
4.1. La protección jurídica de la vida e integridad física y salud del concebido no nacido. 41	
4.2. La noción de enfermedad en relación con la salud del concebido no nacido como presupuesto del nacimiento de responsabilidad de los progenitores en los casos de transmisión de enfermedades o malformaciones.....	43
4.2.1. La diferenciación e interrelación entre las nociones de salud y enfermedad.	44
4.2.2. Breve referencia a las enfermedades y malformaciones transmisibles de padres a hijos durante la gestación, nacimiento o lactancia.	52
II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROGENITORES POR DAÑOS CAUSADOS A LOS HIJOS DURANTE EL EMBARAZO.	71
1. La responsabilidad civil como vía de resarcimiento de los daños ocasionados a la persona en el ámbito privado.	71
2. La responsabilidad civil en el inicio de la vida humana: la denominada responsabilidad perinatal.	79
2.1. Aceptaciones de la responsabilidad perinatal. Interrelación entre responsabilidad civil y responsabilidad perinatal.....	79
2.2. Tipología derivada de la responsabilidad perinatal.....	81
A) Responsabilidad civil derivada del nacimiento de hijo sano pero no deseado. Las denominadas acciones wrongful conception o wrongful pregnancy.....	82
B) Responsabilidad civil derivada del nacimiento de un hijo enfermo.....	83

a) Supuestos de responsabilidad por causación directa o indirecta de la enfermedad o defecto.	84
b) Las denominadas acciones <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i>	84
C) Responsabilidad civil derivada de la denominada procreación irresponsable.	87
3. Responsabilidad civil derivada de la transmisión prenatal de enfermedades o defectos por los progenitores al hijo.	89
3.1. La aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de familia. La existencia de impunidad en las relaciones familiares.	89
3.1.1. Debate doctrinal.	91
3.1.2. Admisión de la responsabilidad civil en los distintos supuestos de daños ocasionados al hijo por transmisión de enfermedades por los padres.	102
A) Daños ocasionados en el momento de la procreación.	103
B) Daños ocasionados durante la gestación.	114
3.2. Los elementos configuradores de la responsabilidad civil en el supuesto de transmisión prenatal de enfermedades y defectos por los progenitores a los hijos.	121
A) La conducta o comportamiento de los progenitores.	123
B) La antijuricidad de la conducta de los progenitores.	132
C) El daño ocasionado al hijo.	134
D) La culpa o negligencia en la actuación de los progenitores.	135
E) La relación de causalidad.	146
3.3. La legitimación en las acciones de responsabilidad civil en el supuesto de transmisión prenatal de enfermedad o defectos al hijo.	148
4. La inexistencia de jurisprudencia en el supuesto de responsabilidad civil derivada de transmisión de enfermedades a los concebidos no nacidos.	153
5. Referencia a la responsabilidad civil derivada de la transmisión de enfermedades por los progenitores a los hijos durante la lactancia.	156
III. RESPONSABILIDAD CIVIL POR TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES O DEFECTOS POR LOS PROGENITORES A LOS HIJOS DURANTE EL EMBARAZO DERIVADA DE ILÍCITO PENAL.	166
1. La vertiente penal de la transmisión por los progenitores de enfermedades o defectos al feto durante la gestación.	166
2. La configuración de la transmisión de enfermedades o defectos por los progenitores al concebido no nacido como delito penal.	169
2.1. El tipo penal en el delito de lesiones al feto.	171
2.2. Sujeto activo y sujeto pasivo del delito de lesiones al feto.	177
2.3. El bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto.	184
2.4. Los medios requeridos por el delito de lesiones al feto.	187

2.5. La conducta típica del delito de lesiones al feto.....	189
2.5.1. Comisión dolosa del delito de lesiones al feto por los progenitores.	189
<i>A) Causación de una lesión al feto por los progenitores.</i>	190
<i>B) Causación o transmisión dolosa de una enfermedad al feto por los progenitores.</i>	194
2.5.2. Comisión por imprudencia grave del delito de lesiones al feto por los progenitores.	197
<i>A) Especialidades en cuanto al sujeto activo.</i>	198
<i>B) La importancia de la calificación de la gravedad en el delito de lesiones al feto por imprudencia.</i>	205
<i>C) Comisión del delito de lesiones al feto en su versión imprudente.</i>	208
2.5.3. El conocimiento por los progenitores del padecimiento de la enfermedad.	209
2.6. Relación de causalidad en las manifestaciones tardías de enfermedades transmitidas al feto.....	212
2.7. Concurso de delitos.	213
2.8. Penalidad del delito de lesiones al feto.	215
3. Responsabilidad civil de los progenitores derivada de lesión al feto o por transmisión de enfermedades al feto.....	217
3.1. La responsabilidad civil derivada del delito de lesiones al feto.	217
3.2. La indemnización derivada de la responsabilidad civil por los daños causados por los progenitores al feto.....	222
3.3. La valoración de la indemnización en el delito de lesiones al feto.	223
3.4. Indemnización del daño moral en el delito de lesiones al feto.....	227
3.5. Baremo de aplicación al daño derivado de la responsabilidad civil que procede de ilícito penal en relación al delito de lesiones al feto.....	230
3.6. La responsabilidad civil en los delitos de lesiones en los casos de concurrencia de eximentes.....	233
4. Responsabilidad civil derivada de ilícito penal por transmisión de enfermedades por los progenitores a los hijos durante la lactancia.....	235
CONCLUSIONES.....	241
BIBLIOGRAFÍA CITADA	250

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código civil
CP	Código penal
DGP	Diagnostico genético preimplantatorio
DPI	Diagnostico preimplantacional
FIV	Fecundación in Vitro
IA	Inseminación artificial
LEC	Ley de Enjuiciamiento civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento criminal
LRCSCVM	Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de Vehículos de motor
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
Pte	Ponente
PETL	Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil
S	Sentencia
SS	Sentencias
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional

TS	Tribunal Supremo
TRA	Ley de Técnicas de Reproducción Asistida
TRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

INTRODUCCIÓN

El presente estudio versa sobre la responsabilidad civil que se puede derivar de la transmisión de enfermedades o malformaciones realizada por los progenitores a sus hijos concebidos no nacidos.

El estudio de dicha materia resulta complejo y muy delicado pues se trata de analizar las posibles acciones que puede esgrimir el hijo por unos daños que le han sido ocasionados por los padres en una etapa prenatal, cuando estaba concebido, lo que de suyo ya implica indagar en el inicio y desarrollo de la vida humana, un tema que ha generado de por sí una gran polémica doctrinal no sólo a nivel nacional sino a nivel internacional.

Por lo que *ab initio* la investigación se encuentra con la grave dificultad de tratar unas acciones que están entroncadas con valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1 CE) y con derechos fundamentales, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y a la salud (art. 15 CE), a los que nuestro ordenamiento jurídico otorga una especial consideración y una excepcional protección (art. 53 CE).

Y esa dificultad se agrava si se piensa que en el tema que se investiga concurren derechos fundamentales de los progenitores con la protección que al concebido no nacido se otorga a nivel legal en distintos ordenamientos jurídicos, especialmente en los europeos y americanos, incluido el nuestro.

Más aún, la presencia de los sujetos implicados en el tema considerado agudiza la complejidad del tratamiento que se debe dar, pues se trata de exigir responsabilidades en el marco de la relación paterno-filial, una de las relaciones más directa e intensa que se puede producir entre los seres humanos, pues entrañan la existencia de los vínculos más fuertes entre las personas, el vínculo de sangre, vínculo biológico, y de sentimientos afectivos respecto de sujetos a los que se está profundamente ligado.

En el tema de análisis confluyen dos grandes ramas del Derecho civil; por un lado, el Derecho de obligaciones, en particular, la regulación de la responsabilidad civil extracontractual; y, por otro lado, el Derecho de familia, en concreto, las relaciones paterno-filiales.

Ambas partes del Derecho civil han sufrido en los últimos tiempos una evolución, que, sobre todo, en materia de familia, han determinado una importante reforma de nuestros textos legales, muy alejada de los conceptos y regulación tradicional de las instituciones familiares, debido al desarrollo que en el primer tercio del presente siglo ha experimentado nuestra sociedad.

En el ámbito civil, el concepto de familia estaba basado en un concepto tradicional que nacía del matrimonio, de manera que la familia era el núcleo social primario integrado por los vínculos sociales más fuertes (el conyugal, el de filiación y el de parentesco) derivados de la matrimonial. Aunque tampoco el concepto de familia matrimonial ha respondido siempre a la misma estructura y contenido, y prueba de ello en nuestro país es la reforma todo el Derecho de familia después de la publicación de la Constitución Española (especialmente por la Ley de 13 de mayo de 1981, y Ley de 7 de julio de 1981, que incidieron en el sistema matrimonial español y régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad, y recientemente por Ley de 1 de julio de 2005 y Ley de 8 de julio de 2005, que vuelven a incidir en el matrimonio, permitiendo el matrimonio para personas del mismo sexo y una separación y divorcio no causalistas).

En este sentido, aunque algunos autores defendieran la idea de que la familia que se acoge en la Constitución es el tipo de familia histórico, otros entendieron que no hay un concepto constitucional de familia, y que lo que existe es un concepto prejurídico de familia, de manera que la ley regula los distintos aspectos de la familia partiendo de un preconcepto social, pues en la Constitución se plasma un sistema basado en un concepto cultural, abierto y plural, adaptable a las necesidades sociales del momento concreto, de lo que en cada momento sea familia.

De hecho, nuestra realidad social ha desarrollado diversos tipos de familia, muy diversas a la tradicional, hoy asimiladas y protegidas por nuestro ordenamiento. Así, se pueden citar algunas situaciones de convivencia familiar que se dan en nuestra realidad social al lado de la familia nuclear, matrimonial o extramatrimonial, tales como las siguientes: las familias monoparentales, formadas por madre soltera e hijo, o padre soltero e hijo, bien naturales o adoptados o fruto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida; las familias monoparentales, fruto de separación, nulidad o disolución del matrimonio; las familias matrimoniales o extramatrimoniales, cuyas parejas conviven con hijos que son comunes e hijos que no son comunes; las familias formadas por madres del mismo sexo con hijos biológicos o adoptados; las familias formadas por padres del mismo sexo con hijos adoptados o biológicos de anterior relación heterosexual; las familia interculturales; y otras más que se podían enumerar.

A la vista de esta variedad de familias, nuestro Código civil ha realizado una regulación de las relaciones de filiación y paterno-filiales teniendo en cuenta la diversidad de su origen, en atención a la protección que a los diversos modelos de familia realiza la Constitución, que si ya en el año 1981 eran variados, en la actualidad lo son mucho más.

A ello hay que añadir el impulso que en nuestro ordenamiento jurídico se ha dado a la protección jurídica del menor, propiciado por el desarrollo de la normativa internacional, favorecida por los organismos internacionales más importantes, Naciones Unidas y Unicef, que han encontrado respaldo en la Unión Europea.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha dado protección jurídica a los menores de edad en diversos ámbitos del mismo ya desde la misma publicación del Código civil en 1889, estableciendo distintas instituciones de salvaguarda de los derechos de los menores (patria potestad, instituciones tutelares), aunque esa regulación reconocía los derechos de dichos menores casi siempre en el entorno familiar.

En España ha sido, fundamentalmente a partir de la publicación de la Constitución Española de 1978, cuando se ha prestado especial atención a la situación jurídica de los menores de edad en nuestro país, que dedica, además de la general aplicación que a ellos se hace de los artículos 10, 14 y 15 y siguientes de la misma, un

precepto especial y transcendental, el artículo 39, que establece la protección a la familia en todos los ordenes, y el principio de igualdad de todos los hijos, cualquiera que sea su filiación, y consiguientes derechos frente a los padres, y deberes de éstos frente a sus hijos.

En consecuencia, en nuestro país se han modificado los textos fundamentales de las diversas disciplinas jurídicas garantizando la protección que, en el ámbito de su aplicación, se otorga a los menores (singularmente, en el Código civil, en el Código penal y en la legislación sanitaria), y se ha desarrollado una numerosa legislación en torno a la infancia y a la adolescencia, tanto a nivel estatal como autonómico, que tratan cuestiones de muy diversa naturaleza que les atañe en diferentes ámbitos (laboral, sanitario, educativo, entre otros).

Fruto de todos estos acontecimientos fue la elaboración y publicación de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, que tanta incidencia ha tenido en España en el reconocimiento de los derechos y protección de los menores de edad, y que fue secundada por las diversas leyes sobre la infancia y la juventud publicadas por las distintas Comunidades Autónomas. Esta norma fundamental ha sido reformada recientemente por la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* y por la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, en la que, por primera vez en una ley de este calibre, se contempla la protección del concebido no nacido al considerar la posible situación de riesgo prenatal, en los términos que después se indicarán.

Parece, sin embargo, que tal desarrollo no se haya producido en la regulación relativa a la responsabilidad civil extracontractual; pero ello no es rigurosamente cierto, pues si bien, la regulación básica de la misma contenida en los artículos 1902 y siguientes del Código civil ha permanecido prácticamente intacta desde la publicación de nuestro Código, no ha sucedido así con la interpretación que de la misma se ha desarrollado en nuestros tribunales y en la legislación complementaria y extracodicial que se ha llevado a cabo.

Un cambio fundamental se ha producido en la configuración de la responsabilidad civil en cuanto a las funciones que la sociedad pretende de la misma. Así, la vieja idea de que sólo se podía reclamar contra un tercero que ocasionaba un daño concreto siempre que existiera motivo suficiente que justificara tal responsabilidad, funcionando como excepción, se ha visto superada por la idea de que la persona puede recurrir a esta vía para reparar cualquier adversidad que le acontezca que se haya derivado de una relación con otra persona, sea ésta culpable o no de aquella.

De modo que ello ha determinado una ampliación del daño, elemento fundamental de la responsabilidad civil extracontractual, al que se alude directamente en el citado art. 1902 CC, incluyendo en la interpretación del término la vulneración de intereses jurídicamente protegidos o valorados por el ordenamiento jurídico, para los que inicialmente no estaba pensado el precepto.

Ese cambio, no obstante, se había iniciado ya a principios del siglo XX, admitiendo la existencia de responsabilidad civil derivada de la vulneración de los derechos de la personalidad (a raíz de la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912), derechos que ni tan siquiera tenían en aquel momento una regulación específica en nuestro ordenamiento, y que conllevó, como consecuencia, el reconocimiento de la posibilidad de resarcir los daños morales ocasionados.

La admisión del daño moral como daño resarcible en virtud del citado precepto, favorecida por la interpretación y aplicación de nuestros tribunales ha ido propiciando que se hayan ido planteando como daños otros menoscabos o perjuicios que, hasta este momento, habían sido asumidos por aquellos que los sufrían.

Entre esos daños, ha surgido la cuestión de si los daños ocasionados en el seno de la familia y de las relaciones familiares podrían ser indemnizadas a través de las correspondientes acciones resarcitorias o debe excluirse de dicho ámbito el derecho de daños, debido al tipo de relaciones íntimas que en el seno de la misma se dan y que impediría que los sujetos integrantes de éstas fueran considerados como víctimas o causantes de daños, lo que, de dar una respuesta negativa determinaría las relaciones familiares como causa de impunidad. Ello ha sido objeto de una gran polémica en la

doctrina. Sin embargo, hay que señalar que en el ámbito de las relaciones familiares ya existen casos en los nuestros tribunales han reconocido una indemnización.

Aunque se ha de advertir que esta tendencia de vincular la responsabilidad civil a los daños derivados de las relaciones familiares es reciente, existiendo en principio un sector minoritario en defensa de la falta de inmunidad en el entorno familiar, aunque parece que en los últimos tiempos se ha producido una tendencia en la doctrina y en la jurisprudencia a admitir dicha responsabilidad en el ámbito familiar,

En este complejo contexto es donde aparece la idea del daño prenatal, es decir, de admitir la posibilidad de una responsabilidad derivada por los daños que se realicen al concebido no nacido en la fase anterior al nacimiento del mismo.

El nacimiento y el desarrollo de estas acciones se ha debido fundamentalmente a varios factores.

Por un lado, y principalmente, a los avances que ha experimentado la medicina y la biotecnología, particularmente en cuanto al origen y al desarrollo de la vida humana, capaces actualmente de facilitar la reproducción a parejas estériles a través de las técnicas de reproducción asistida, de detectar con anticipación la probabilidad de un daño en el futuro feto y de evitar y tratar los daños producidos en la fase prenatal, de establecer medidas preventivas en la fase previa a la concepción y durante la gestación para evitar estos daños, de posibilitar la interrupción de la gestación de un feto con malformaciones, de decidir sobre la propia concepción, entre otros muchos que se podrían enumerar.

Por otro lado, ha surgido en el ámbito sanitario una nueva manera de entender la prestación de los servicios médicos tanto por el paciente como por los propios profesionales de la salud. Ello viene determinado por la nueva acepción del concepto de salud que se va diseñando en la sociedad moderna, especialmente por la Organización Mundial de la Salud, debido especialmente a los avances en la medicina y en la biomedicina y a la concepción del ser humano como un valor digno intrínsecamente de especial protección en todos los ámbitos sociales y jurídicos. De otro lado, ha surgido también una nueva forma de entender la relación entre médico-paciente, que viene condicionada actualmente por lo que el propio paciente entiende que debe ser su estado

de salud, que ya no se circunscribe únicamente a la ausencia de enfermedades sino a un estado de bienestar físico y psíquico en el que tienen un lugar muy destacado la información y prevención de las posibles enfermedades, todo lo cual determina que el paciente exija una atención sanitaria más personalizada. Por otra parte, esa relación médico-paciente viene determinada enormemente por el valor a la autonomía de la voluntad que se le ha dado al paciente en el ámbito sanitario, singularmente a través del denominado consentimiento informado. A ello se anuda la diferente estructura del Sistema Nacional de Salud español, disgregado en las distintas Comunidades Autónomas, las diversas empresas de salud, pública y privada, con sus concretas características de financiación, funcionamiento e integración dentro del sistema de salud, los diferentes sujetos que intervienen, y la variabilidad de relaciones que se pueden dar entre los distintos sujetos, que se agrava con la interculturalidad que se da en el ámbito sanitario.

En este panorama general se plantea la posibilidad de que se pueda demandar responsabilidad por los daños efectuados al concebido no nacido.

Estos daños se pueden ocasionar al concebido por cualquier sujeto, sea un tercero pariente del mismo, un tercero ajeno totalmente al concebido, un profesional sanitario o sus propios progenitores.

En nuestro ordenamiento jurídico, el concebido no nacido, si bien no se considera a efectos jurídicos como persona, y, por tanto, titular de derechos, tiene una protección especial, instituida en diversas normas (Código civil, Código penal y leyes de reproducción asistida e investigación biomédica).

No obstante, esta protección se observa como diferente si la procreación se produce naturalmente o si se produce por aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

En punto a la posibilidad de resarcir los daños ocasionados al concebido no nacido sólo existen dos preceptos en el ámbito penal, los artículos 157 y 158 del Código penal, que regulan el delito de lesiones al feto, y sancionan dichas lesiones con prisión, multa e inhabilitación para la profesión, así como con la correspondiente indemnización

civil por daños y perjuicios. Más, en el ámbito de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, el Código penal regula unos supuestos en los que se castiga la manipulación genética no permitida por las correspondientes leyes.

Por lo demás, sólo existen sanciones de carácter administrativo por las infracciones de las leyes de reproducción humana asistida y de investigación biomédica.

Empero, hay que precisar que los preceptos penales y las normas contenidas en las citadas leyes se refieren al daño efectuado por cualquier sujeto, sin especificar la cualidad del mismo, o con referencia exclusiva a determinados terceros. Mas no hay referencia concreta al posible daño efectuado por los progenitores.

En el ámbito civil, los daños efectuados al concebido no nacido por terceros, singularmente por profesionales sanitarios, se ha encauzado por la vía del artículo 1902 del Código civil, que ha fundamentado las diversas sentencias que han emitido nuestros tribunales en los casos planteados ante los mismos.

Sin embargo, en nuestra legislación no existe, ni en el ámbito penal, ni en el ámbito civil, ni en el administrativo, una norma específica que regule la situación que se deriva de los daños que los propios progenitores ocasionan al concebido no nacido.

Esta es una materia extraordinariamente delicada por cuanto nos encontramos en el círculo más íntimo de las personas y en las relaciones familiares más profundas.

La admisión de la posibilidad de permitir la interposición de una demanda a los hijos contra sus propios progenitores para resarcirse de los daños efectuados a aquel en el momento de la procreación o durante la gestación del mismo, parece que implica la ruptura de lazos familiares tan contundentes.

Debido a ello, podría decirse que falta un consenso doctrinal sobre la cuestión, aunque hay un punto en el que existe bastante coincidencia: que esta cuestión constituye actualmente un problema emergente, tanto jurídico como bioético y social, aún no resuelto.

La legislación actual no ofrece, tal como está diseñada, una protección efectiva y real para el concebido no nacido frente a las acciones dañosas de los padres.

Concretamente, en el ámbito civil, no existe ninguna norma en nuestro Código que recoja expresamente esta posibilidad de que el hijo pueda plantear una demanda de responsabilidad civil a sus progenitores por daños ocasionados por transmisión de enfermedades o malformaciones, si bien es cierto que tampoco niega tal posibilidad.

Por lo que se cuestiona la posibilidad de acudir a la norma general del artículo 1902 del Código civil como fundamento de la reparación del daño producido a los hijos por los progenitores en estos supuestos

Por otro lado, tampoco sirve de apoyo la jurisprudencia, pues en esta materia, es prácticamente inexistente en el ámbito penal y casi nula en el ámbito civil.

A la vista de lo expuesto, se ha considerado conveniente abordar el estudio de esta materia en el panorama jurídico actual, con las dificultades que entraña esta investigación, al enfrentarse a un supuesto prácticamente sin normativa aplicable y sin jurisprudencia que resuelva las complejas cuestiones que plantea.

Se han de realizar algunas puntualizaciones en cuanto a la delimitación del tema a tratar.

El tema que se aborda es la existencia de responsabilidad civil derivada tanto de ilícito civil como de ilícito penal por los daños causados al concebido no nacido por los progenitores en la fase prenatal.

La investigación se ha centrado en los daños ocasionados al concebido no nacido por los progenitores en el ámbito de la procreación natural. Y dentro de tales daños, se ha prestado especial atención a la transmisión de enfermedades o malformaciones de los progenitores a los hijos concebidos. Por tanto, de este estudio se han excluido los daños provocados en el terreno de la reproducción asistida, aunque se realicen ciertas remisiones a la misma, cuando se ha considerado oportuno.

De otro lado, cabe advertir que el examen de los supuestos analizados se refieren al concebido no nacido producto tanto de una relación matrimonial como extramatrimonial, pues los deberes que los progenitores adquieren con respecto a sus hijos son independientes de la relación mantenida por la pareja (arts. 39 CE, 108 CC).

Se ha considerado conveniente, por razones de metodología y de claridad expositiva, distinguir tres apartados bien delimitados.

En el primer apartado, epígrafe I, se pretende ofrecer el panorama general de la situación del concebido no nacido en nuestro ordenamiento jurídico. Situación que ha suscitado una gran polémica en nuestra doctrina científica, dada la ambigüedad con que nuestra legislación trata esta cuestión, a la que se suma el posicionamiento ideológico, ético, moral y religioso de la sociedad y des los distintos sectores doctrinales que abordan dicha cuestión. En este epígrafe se realiza una particular referencia a la protección que nuestro derecho dispensa a la integridad física y salud del concebido no nacido, complementada por una somera referencia a las enfermedades y malformaciones que los progenitores pueden transmitir a sus hijos durante la procreación y durante la gestación.

En un segundo apartado, epígrafe II, se realiza el análisis de la responsabilidad civil que podría derivarse de los daños ocasionados al concebido no nacido por sus progenitores. En la introducción al examen de dicha responsabilidad se hace referencia explícita a la posibilidad de entroncar el derecho de daños en el ámbito familiar, que ha sido objeto de un intenso debate en la doctrina. Partiendo de la idea de que tal posibilidad se admite actualmente en nuestro derecho, se examinan a continuación los distintos presupuestos, subjetivos y objetivos, que exige el nacimiento de la responsabilidad extracontractual, con particular detenimiento en las características del daño que se requiere para que surjan las acciones resarcitorias a favor del concebido, para finalizar con una referencia a la posible legitimación de éste para interponer dichas acciones.

Por último, en el epígrafe III, se examina la responsabilidad civil derivada de ilícito penal. En esta parte se aborda el análisis del delito de lesiones al feto, indagando si dentro de los tipos penales que regula el Código penal caben las conductas dañosas

realizadas por los progenitores en el feto, para determinar si es posible que de ello surja la correspondiente responsabilidad civil, y como se posibilita dicha responsabilidad en el ámbito penal. En la misma, se realiza una particular referencia a la valoración del daño ocasionado por los progenitores.

Finalmente, es necesario realizar una observación. En los tres epígrafes se efectúa una consideración particular a la responsabilidad civil derivada de los daños efectuados por la madre durante la lactancia del menor, que sitúa el estudio de la cuestión en coordenadas muy diferentes a las examinadas de manera más amplia. Dicha referencia se ha consignado en el presente estudio fundamentalmente por la vinculación que la doctoranda mantiene de forma estrecha con asociaciones que se dedican a promover y defender la salud del lactante durante este período de su vida, y por la fuerte dependencia que tiene el menor durante esta etapa de sus progenitores, especialmente de la madre, que lo hace tan vulnerable como cuando era concebido no nacido.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. EL CONCEBIDO NO NACIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

1. Consideraciones preliminares.

Al abordar el tema de la responsabilidad civil de los progenitores por transmisión a los hijos de enfermedades o malformaciones durante el embarazo parece conveniente hacer una referencia, aunque sea somera, a dos materias que convergen en el tema tratado y que pueden determinar las conclusiones a las que se pueda llegar.

Por un lado, parece fundamental conocer la situación en la que el concebido no nacido, el *nasciturus*, se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico, con particular referencia al tratamiento jurídico que dicho ordenamiento otorga a la protección de la integridad física y de la salud del feto.

La existencia de dicha protección, así como el grado de la misma, que nuestro derecho otorgue al concebido no nacido determinara la posible responsabilidad civil de los progenitores por los daños causados al mismo tanto en la procreación como durante la gestación del hijo.

Por otro lado, también parece pertinente conocer si existen efectivamente enfermedades o malformaciones que se puedan transmitir al concebido no nacido a través de los padres en la procreación o durante la gestación, así como el tipo de enfermedades que son y las posibles maneras de prevenirlas.

De la misma forma que el presupuesto anterior, la posibilidad de que los progenitores sean conscientes de su padecimiento y el hecho de que comprendan el alcance de la utilización de las medidas de prevención y de que consecuentemente las adopten a fin de evitar la transmisión de enfermedades y malformaciones al hijo, también va a determinar la existencia de posible responsabilidad civil en los progenitores o no.

Ambas materias tienen ámbitos de estudio diferente, el jurídico y el médico, y han generado en sus respectivas áreas una importante bibliografía, tanto en torno a la responsabilidad civil como en relación a la transmisión de enfermedades y malformaciones. Y no siempre, especialmente en el ámbito jurídico, pacífica doctrina.

Pero ambas materias, al mismo tiempo, tienen puntos de convergencia por cuanto toda intervención en la integridad física o psíquica de la persona y en su salud, bien sea por parte de los profesionales biosanitarios o bien por parte de cualquier tercero, suscita una diversidad de problemas y cuestiones en el ámbito jurídico.

Ello es lo que acontece en el tema del presente trabajo dentro de unas coordenadas bien precisas, pues se trata de determinar una consecuencia jurídica, la responsabilidad civil, derivada de un daño a la integridad física o a la salud, por transmisión de enfermedades o malformaciones.

El conflicto jurídico derivado se delimita aún más pues el estudio del mismo se ciñe al que surge entre los progenitores, transmisores de la enfermedad o de la malformación, y, por tanto, causantes del daño a dichos bienes, y los hijos, en su fase prenatal, que son los dañados.

2. La protección jurídica del concebido no nacido en el Derecho español. Panorama general.

En nuestro ordenamiento jurídico, a partir especialmente del último tercio del siglo XX, se ha producido una actividad legislativa dirigida a proporcionar una mayor protección jurídica a los menores de edad. Por el contrario, esta preocupación por atender las necesidades de dichos menores en todos los ámbitos jurídicos no se ha producido con esta intensidad a la hora de proporcionar protección a los concebidos no nacidos o *nasciturus*, lo cual no significa que éstos carezcan en nuestro derecho de cierta protección, pero no alcanza a aquella de que se dota a los menores nacidos

Quizá la diferencia entre una y otra protección se deba al impulso que en el orden internacional se ha dado a los derechos de la infancia, que no se ha procurado de igual manera con respecto a los no nacidos.

Efectivamente, a finales del siglo XIX y en los albores del siglo XX surgió, principalmente en Europa, una gran preocupación en algunos sectores sociales por el bienestar de los menores de edad desprotegidos socialmente, que fue impulsado tanto por dichos sectores como por profesionales y por científicos, cuyos esfuerzos dieron lugar a Convenios y Tratados internacionales en defensa de los derechos de la infancia.

Entre los instrumentos jurídicos que han propiciado el reconocimiento de dichos derechos cabe mencionar la *Declaración de Ginebra*, aprobada por unanimidad, en la Sociedad de Naciones en 1924, la *Declaración de los Derechos del Niño*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y la *Convención sobre los Derechos del Niño*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que es la que mayor repercusión y aceptación internacional ha tenido, inclusive en nuestro país¹.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha dado protección jurídica a los menores de edad en diversos ámbitos del mismo ya desde la misma publicación del Código civil en 1889, estableciendo distintas instituciones de salvaguarda de los derechos de los menores (patria potestad, instituciones tutelares), aunque esa regulación reconocía los derechos de dichos menores casi siempre en el entorno familiar.

En España ha sido, fundamentalmente a partir de la publicación de la Constitución Española de 1978, cuando se ha prestado especial atención a la situación jurídica de los menores de edad en nuestro país².

¹ Dicha Convención fue ratificada por España el 21 de diciembre de 1990 (BOE 31 de diciembre 1990, núm. 313) y entró en vigor el 5 de enero de 1991.

² Como muestra de dicho interés se ha publicado una abundante bibliografía sobre los derechos de los niños y de los adolescentes, y sobre el principio de interés del menor que debe presidir toda la regulación acerca del mismo. Entre las obras generales sobre los derechos de la infancia, podemos citar, entre otras y como representativas de las mismas, VILLAGRASA ALCAIDE, C., RAVETLLAT BALESTE, I. (Coords.), *Los Derechos de la infancia y de la adolescencia. Congresos mundiales y temas de actualidad*, Barcelona, 2006; *El desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España*, Barcelona: Ed. Bosch, 2006; *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 2009;

Así, se ha desarrollado una numerosa legislación en torno al menor, tanto a nivel estatal como autonómico, que tratan cuestiones de muy diversa naturaleza en diferentes ámbitos (constitucional, civil, penal, laboral, sanitario, educativo, entre otros).

Diversos hechos han determinado que en nuestro país se produzca una regulación más precisa de los derechos de los niños y niñas: el desarrollo progresivo de la legislación internacional; la protección que a los menores brinda la Constitución Española de 1978 (especialmente en los artículos 14 y 39), y, especialmente, el hecho de que nuestro país ratificara, el 30 de noviembre de 1990, la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

Fruto de todos estos acontecimientos fue la elaboración y publicación de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, que tanta incidencia ha tenido en España en el reconocimiento de los derechos y protección de los menores de edad, y que fue secundada por las diversas leyes sobre la infancia y la juventud publicadas por las distintas Comunidades Autónomas. Esta norma fundamental ha sido reformada recientemente por la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* y por la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, en la que, por primera vez en una ley de este calibre, se contempla la protección del concebido no

PADIAL ALBÁS, A., TOLDRÀ I ROCA, M^a. D. (Coords.), *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2007; MOLINER NAVARRO, R. M^a., “Los derechos de ‘autonomía’ y el ‘interés superior del niño’ como ejes de la convención internacional sobre los derechos del niño. Su recepción en el derecho español”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna domínguez* (Coords. Josefina Alventosa del Río, Rosa María Moliner Navarro), vol. 1, 2008, pp. 755-788; “Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España”, *Actualidad civil*, núm. 2, 2001, pp. 487-519; BARCELÓ DOMÉNECH, J., “El interés del menor como criterio de aplicación de la Ley Valenciana de relaciones familiares”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, pp. 790-803.

nacido al considerar la posible situación de riesgo prenatal, en los términos que después se indicarán.

En el ámbito civil, se puede afirmar que en su texto fundamental, el Código civil (complementado por alguna legislación extracodicial y por los textos legales de los Derechos civiles especiales), se establece el estatuto jurídico básico del menor pues se regula, a través de una serie de disposiciones concretas, la capacidad de obrar de los mismos (arts. 314 y ss CC) y los derechos que tienen dentro del ámbito familiar, mediante la regulación de la patria potestad (arts. 154 y ss CC) y de las relaciones paterno-filiales, que afectan tanto a los hijos biológicos como a los adoptados (arts. 108 y ss CC), tanto en las situaciones de convivencia normal como en las situaciones de crisis familiares (arts. 90 y ss, y 142 y ss CC); asimismo, se regula la constitución de instituciones jurídicas para su protección, como la adopción (arts. 175 y ss CC), la tutela, la curatela y la guarda de hecho (arts. 222 y ss CC). También se tiene en cuenta la situación de los menores para atribuirles derechos sucesorios, tanto en el ámbito de la sucesión testada (a través de la legítima, arts. 806 y ss CC), como en la sucesión intestada (arts. 930 y ss CC).

Además, hay que destacar que esa protección a los menores se ha producido también en el ámbito penal en el que se castigan de modo específico los delitos que se efectúen contra éstos³ o se sancionan con mayor pena los delitos de carácter general que se cometan contra menores de edad⁴. Asimismo se tiene en cuenta la edad de éstos para asignarles una especial responsabilidad penal en la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*.

Del mismo modo se extiende esta protección al ámbito laboral, en donde se prohíbe el trabajo a los menores de 16 años, y se establece que los menores de 18 años (mayores de 16 a los que sí está permitido el acceso al mundo laboral) no pueden realizar, sin embargo, trabajos nocturnos ni otros que el Ministerio declare insalubres,

³ Entre otros, delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años (arts. 183 ss); corrupción de menores (arts. 187 ss); sustracción de menores (arts. 225 bis); y abandono de familia y de menores (arts. 226 ss).

⁴ Así, el delito de lesiones (art. 148.3º), el delito de amenazas (art. 171.5), el delito de coacciones (art. 172.2), los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (arts. 185, 186), los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial (art. 271, d y 276, d, respectivamente), y delitos de lesa humanidad (art. 607 bis, 9º), entre otros, en los cuales se aumenta la pena cuando hay involucrados menores de edad.

penosos, nocivos o peligrosos para la salud o para la formación profesional o humana de los mismos; tampoco pueden realizar trabajos peligrosos; y se autoriza su participación en espectáculos públicos en casos excepcionales que no supongan peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana (art. 6 ET). Esta legislación se amplía con otra complementaria en la que se regulan otros aspectos derivados de la situación laboral (vgr. la atribución de pensiones de orfandad).

En la legislación sanitaria, tanto estatal como autonómica, se ha prestado especial atención a la situación de los menores. Así, por un lado, se han establecido una serie de medidas de protección con el fin de preservar su salud y sus condiciones físicas y anímicas, tanto en la mera relación asistencial como en la aplicación de la biomedicina (investigaciones biomédicas y ensayos clínicos⁵). Por otro lado, se les ha dotado de una serie de derechos, atribuyéndoles, a partir de los 16 años, autonomía para tomar decisiones en cuanto a los tratamientos y demás intervenciones que se pueden producir en dicho ámbito, siendo decisiva en esta materia la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (art. 9, núms. 4 a 7), y la legislación autonómica correspondiente. Por último, se ha de significar que en algunas Comunidades Autónomas se han publicado algunas normas específicamente destinadas a regular la situación del menor en el ámbito sanitario⁶.

En el ámbito educativo, nuestro ordenamiento jurídico configura el derecho a la educación como un derecho fundamental que tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (art. 27 CE), lo que se manifiesta en la *Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación*.

⁵ Así, en la *Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica* se establecen una serie de medidas específicas para permitir y realizar una investigación sobre menores de edad (cfr. arts. 4, 51 y 58); en el *Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos*, también se establecen unas disposiciones muy concretas para que se puedan realizar ensayos clínicos con menores (art. 4); y se establecen limitaciones en el *Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad*, no permitiéndose la extracción de órganos a menores de edad vivos.

⁶ Por ejemplo, *Decreto 49/2009, de 3 marzo de la Junta de Andalucía, sobre protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía*.

La vulneración de los derechos de los menores da lugar, según el ámbito en donde se produzca, a sanciones de carácter civil, penal o administrativo, que se establecen en las diversas sedes de regulación de dichos derechos.

Todo lo cual evidencia la particular preocupación que nuestro país tiene por los derechos de los menores de edad y por su protección jurídica.

Sin embargo, en contraste con esta numerosa legislación respecto a los derechos de los menores, en nuestro país no existe una regulación tan concreta y tan amplia en torno a los derechos y protección jurídica del *nasciturus*⁷.

Ello se debe, quizás, a que en nuestro ordenamiento jurídico el concebido no nacido no tiene la consideración de persona. Efectivamente, el art. 29 del Código civil establece: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”. Dicho artículo, el 30, dispone: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

La atribución de personalidad jurídica supone el reconocimiento de una persona como sujeto de derechos y de obligaciones. Y en nuestro derecho, como se acaba de indicar, la personalidad jurídica se determina por el nacimiento, siempre que se cumplan los dos requisitos exigidos en el artículo 30, vida y supervivencia enteramente desprendido del seno materno, es decir, vida independiente. De esta manera, el ser

⁷ En el ámbito europeo tampoco existe una especial normativa acerca de la situación jurídica del concebido no nacido, aunque hay referencias al mismo. Sin embargo, existe un precedente importante, la *Resolución n.º 4376, de 6 de octubre de 1979, de la Asamblea del Parlamento de Europa* que aprobó *La Declaración de los Derechos del Niño no Nacido*, y que contienen un reconocimiento de los derechos del concebido no nacido, aunque no sean vinculantes para el Estado. En el principio primero declara que “el niño que va a nacer, debe gozar desde el momento de su concepción de todos los derechos enunciados en la presente Declaración. Todos estos derechos deben ser reconocidos a todo niño que va a nacer sin ninguna excepción ni discriminación basada en la raza, color, sexo, lengua, religión, origen nacional o social, estado de desarrollo, estado de salud o las características mentales y físicas ciertas o hipotéticas y toda otra situación que le concierna, o concierna a su madre o familia”. Asimismo, en el principio segundo dispone que “La Ley debe asegurar al niño, antes de su nacimiento, con la misma fuerza que después, el derecho a la vida inherente a todo ser humano”.

humano nacido adquiere la condición de persona, y con ella, la personalidad jurídica, y, a través de la misma, la atribución de derechos y obligaciones.

Ello, no obstante, la calificación del *nasciturus* como persona ha dado lugar a una importante polémica, tanto doctrinal como social, pues, contrariamente a lo que se deduce del citado art. 29 y de la doctrina del TC, hay una corriente doctrinal que estima que el *nasciturus* es persona desde el mismo momento de su concepción, y como tal es sujeto de derechos desde dicho momento⁸, lo cual está en relación directa con la cuestión del comienzo de la vida humana⁹.

⁸ Así, OLLERO, A., *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, Madrid: Ed. Rialp, 1994, pp. 31, 52 y 55-57; SERRA, A., "El Estado Biológico del embrión Humano. ¿Cuándo comienza el ser humano?", *Comentario Interdisciplinar a la "Evangelium Vitae"*, BAC, Madrid, 1996, pp. 573 ss; LÓPEZ MORATALLA, N., "FIV y Deficiencias en la Relación intergametos y en la relación inicial madre-hijo", *La Humanidad In Vitro*, Granada; Ed. Comares, 2002, pp. 129 ss; CALVO MEJIDE, A., "El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista", *Cuadernos de Bioética*, 2004 (2), pp. 291-293, señala expresamente que "El nasciturus es, pues, persona desde las fases embrionaria y fetal, realidad que debería ser reconocida por el Derecho Positivo, superando la concepción decimonónica de la persona y acogiendo con mayor amplitud el concepto jurídicoconstitucional derivado del art. 10 C.E., y, en su consecuencia, reconociéndole como sujeto titular de los derechos que son inherentes a todo ser humano"; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Comentarios a los arts. 29 a 34 del Código civil", en *Comentarios al Código Civil*, T. II, Vol.1º, coord. por J. Rams Albesa, Barcelona: Ed. Bosch, 2000, pp. 256-257, defiende desde el punto de vista del Derecho la consideración como persona del ser humano desde el mismo momento de la concepción, de modo que antes de su nacimiento su personalidad es restringida y está limitada a la titularidad de los derechos naturales primarios (la vida, la integridad física. etc.).

⁹ Sobre las distintas teorías de la existencia de vida humana, véase ROMEO CASABONA, C. Mª., *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 142-145; FEMENÍA LÓPEZ, P. J., "Status" jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido "in vitro", Madrid: Ed. McGraw-Hill, 1999; SALÁS DARROCHOA, J. T., "El concepto de feto en el Código penal español", *Derecho y Salud*, Vol. 13, núm. 1, 2005, pp. 115-116, señala entre las teorías relativas al inicio de la vida las siguientes: a) teoría de la fecundación, que estima que la vida comienza desde el momento en que se constituye la realidad biológica del cigoto o célula-huevo, resultante de la fusión del óvulo y el espermatozoide; b) teoría de la concepción, a la que se llega tras la superación del estadio de singamia, en el que se produce el intercambio de información genética y la fusión de los dos pronúcleos de las células germinales dando lugar a la formación del cigoto; c) Teoría de la anidación, en la que, en un proceso que dura unos doce o trece días, el cigoto avanza por las trompas, penetra en el útero y se implanta en el mismo, determinando su individualidad; d) teoría de la actividad cerebral, que sitúa el inicio de la vida humana en el momento de inicio de la actividad cerebral, hito que acontece entre los 43 y 45 días contados desde la fecundación; e) teoría de la tolerancia inmunológica, según la cual la vida humana se inicia en el momento de adquisición de su identidad genética, que no acontece con la fusión de los núcleos sino con la capacidad de distinguir inmunológicamente lo propio de lo extraño, datándolo en torno a la octava y duodécima semana de gestación; f) teoría de la finalización de la organogénesis, en la cual el hito básico en la materia es la adquisición de apariencia humana; g) teoría de la viabilidad extrauterina, que entiende que el nuevo ser alcanza la vida cuanto tiene la capacidad de poder vivir fuera del útero, que permite romper la nota de dependencia respecto de la madre; h) teoría del nacimiento, según la cual la vida se inicia con el nacimiento; i) teorías relacionales, que estiman que, además, hay que añadir a los condicionantes biológicos, la capacidad relacional con sus semejantes o la autoconciencia, entendida como capacidad de discernimiento, razón y capacidad, que dichos autores sitúan en torno a los 7 años de edad.

Y en nuestro ordenamiento jurídico se han contemplado otras situaciones en las que se puede encontrar el concebido no nacido, diferenciando las distintas fases de su desarrollo, y dándoles diversas denominaciones, utilizando los términos de preembrión, embrión y feto. Concretamente, estos términos se utilizan en la *Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica*, donde se dan las definiciones de los mismos en el art. 3. De tal manera, se señala que, a los efectos de la propia ley, *Preembrión* es “el embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde” (letra s)¹⁰; *Embrión* es la “fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener” (letra l)¹¹; y *Feto* es el “embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la

¹⁰ Para aquel sector de la doctrina que estima que existe ser humano desde el mismo momento de la concepción, esta distinción se produce para permitir la investigación con preembriones. Así, CALVO MEJIDE, *ob. cit.*, p. 291, quien estima que “La introducción de tal término no es sino una manipulación del lenguaje para justificar la utilización científica del embrión humano como material genético, la creación y utilización de mismo con fines científicos de investigación”. LACADENA CALERO, J. R., “Embrión (técnico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* T. I, (Dirtor. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genóma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, 2011, pp. 724-725 realiza una crítica a la utilización desde un punto de vista jurídico del término preembrión pues parece que hay una contradicción interna al afirmar que un embrión en cierta fase de desarrollo no es un embrión sino un preembrión, dado que el prefijo *pre* indica que algo es anterior a algo, lo que no sucede en el embrión, que es un continuo; señala que actualmente el término preembrión está cayendo en desuso en la comunidad científica, utilizándose la denominación de embrión preimplantatorio. Aunque observa que el término preembrión lo utiliza el legislador español en el ámbito de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida e investigación biomédica, y no en la fecundación *in vivo*. Desde el punto de vista jurídico, FEMENÍA LÓPEZ, P., “Embrión (jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* T. I, (Dirtor. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genóma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, 2011, pp. 703-720, señala que la utilización del término preembrión adquiere extraordinaria importancia, reconociendo que en el origen del debate científico no está la afirmación de que el preembrión es algo antológicamente distinto al embrión, sino que se trata de un estadio distinto al embrión.

¹¹ LACADENA CALERO, “Embrión (técnico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* T. I, *cit.*, pp. 720-730, señala que desde el punto de vista biológico el término embrión humano se refiere “al organismo humano en las etapas que siguen a la primera división del cigoto (embrión de dos células) hasta su paso a feto al final de la 8ª semana a partir de la fecundación” (p. 721), indicando algunos aspectos de la cronología de las primeras fases del desarrollo embrionaria, que se producen tanto en la fecundación *in vitro* como *in vivo* (pp. 722-723). El autor se cuestiona cuándo la vida humana que ya ha empezado es un ser humano, observando que es una cuestión difícil de resolver; pero señala que la individualización de un nuevo ser requiere que se den dos propiedades: la unicidad, calidad de ser único e irrepetible, y la unidad, realidad positiva que se distingue de toda otra; y explica que existe una amplia evidencia experimental que demuestra que estas dos propiedades fundamentales no se están definitivamente establecidas en el nuevo ser en desarrollo antes de que termine la anidación (p. 725).

fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto” (letra n).

Sin embargo, la doctrina mayoritaria, en base a los preceptos citados, arts. 29 y 30 CC, considera que el concebido no nacido no tiene personalidad jurídica hasta el momento de su nacimiento con vida y enteramente desprendido del seno materno, y, por ende, no es titular de derechos¹².

Dado, pues, que el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica, en nuestro ordenamiento jurídico no se le atribuye la titularidad de ningún derecho¹³.

Esta aseveración fue ratificada por la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, en la cual se examinó la constitucionalidad del art. 417 bis del Código penal en el que se despenalizaban determinados supuestos de aborto, considerado como delito en aquellos momentos históricos, en cuyo Fundamento jurídico 5 afirma expresamente que el *nasciturus* no es titular del Derecho fundamental a la vida.

Pese a lo dicho, en nuestro ordenamiento jurídico existe una normativa en diversos ámbitos que dota al concebido no nacido de una particular protección¹⁴.

¹² Niegan la consideración de persona al concebido no nacido, DÍEZ PICAZO, L., “Comentario al art. 30 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T I (Dir. por M. Albaladejo), Madrid: Edersa, 1978, p. 811; HUALDE SÁNCHEZ, J., “La personalidad”, en Puig y Ferriol, L., Geste-Alonso y Calera, M^a. C., Gil Rodríguez, J., Hualde Sánchez, J., *Manual de Derecho Civil I (Introducción y Derecho de la Persona)*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997, p. 119; LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil, I, Vol.2º, Personas*, 3^a ed. revisada y puesta al día por J. Delgado, Madrid: Ed. Dykinson, 2002, p. 15. Sin entrar a examinar si el *nasciturus* es persona o no, en el Código de Deontología Médica, del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, de julio de 2011, en su art. 51.1 se señala que “El ser humano es un fin en sí mismo en todas las fases del ciclo biológico, desde la concepción hasta la muerte”, y en el art. 55.1 se dice que “El médico está al servicio de preservar la vida a él confiada, en cualquiera de sus estadios”.

¹³ Esta postura es la que se recoge también en la mayoría de los Códigos civiles europeos, aunque en otros Códigos, singularmente de América del Sur, se mantiene la postura contraria; véase FEMENÍA LÓPEZ, “Embrión (jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, cit., pp.706-707.

¹⁴ En este sentido, entiende FEMENÍA LÓPEZ, “Embrión (jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, cit., p. 709, que el embrión es “una categoría jurídica que merece una especial protección en sí misma, como algo nuevo pero no totalmente distinto, por cuanto su naturaleza le hace participar del respeto inherente a la dignidad humana”, desarrollando a continuación los argumentos sobre los que poder elaborar un estatuto jurídico del embrión humano.

En el ámbito constitucional no existe ningún precepto en la Constitución Española de 1978 que de forma expresa atribuya protección al concebido no nacido. Sin embargo, en la citada STC 53/1985, dicho Tribunal, al abordar la cuestión nuclear del Recurso en cuestión, señaló que éste lo constituía “el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*”, y después de realizar algunas consideraciones generales sobre el derecho a la vida, garantizado en el art. 15 de la Constitución, a la dignidad de la persona, consagrada en el art. 10 de la misma, y sobre la noción de vida, concluyó que “la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional” (FJ 5). En consonancia con ello, el propio Tribunal señala que “esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”, aunque advierte que dicha protección no significa que haya de revestir carácter absoluto, pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aún debe estar sujeta a limitaciones (FJ 7)¹⁵. Dicha doctrina fue reiterada por el propio Tribunal en las sentencias 212/1996, de 19 diciembre (FJ 3) (RTC\1996\212) y 116/1999, de 17 junio (FJ 5) (RTC\1999\116), en la resolución de sendos recursos de inconstitucionalidad de la *Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de*

¹⁵ La doctrina sentada por el TC en esta sentencia de que el *nasciturus* no es persona recibió fuertes críticas por parte de algún sector de la doctrina. Véase, entre otros, CALVO MEJIDE, *ob. cit.*, pp. 297-298; DÍAZ PINTOS, G., “La concepción “totémica” del “*nasciturus*” en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Persona y Derecho*, 2006 (54), p. 193, quien estima que proteger la vida exige proteger al viviente en cuanto vive, y, por tanto, atribuirle la titularidad del derecho a vivir, con independencia de la forma en que dicho vivir se muestra, de manera que la opción elegida por el TC ofrece una garantía de la vida humana en función de las distintas manifestaciones orgánicas del vivir y, al esquivar la reformulación del concepto de persona, contrariamente a lo que pretende, discrimina a los vivientes en función de sus vidas; OLLERO, *ob. cit.*, pp. 31, 52 y 55-57, quien señala que “nuestro ordenamiento civil continúa ofreciendo una arcaica delimitación del concepto de persona, diseñada fundamentalmente para satisfacer exigencias de seguridad en el tráfico jurídico. Con ello mantiene anacrónicamente la prioridad atribuida a determinadas circunstancias en un contexto ya lejano, caracterizado por una situación social y un grado de evolución de los conocimientos científicos hoy absolutamente superados”, por lo que concluye afirmando la necesidad de replantear constitucionalmente la categoría jurídica de “persona”.

*donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*¹⁶.

En su virtud, el *nasciturus* encuentra protección jurídica en la esfera penal. Concretamente a través de los delitos de aborto (arts. 144 a 146)¹⁷, de las lesiones al feto (arts. 157 y 158), y de los delitos relativos a la manipulación genética (arts. 159 a 162). En dichos preceptos se establecen, según el delito de que se trate, penas de prisión, de multa o de inhabilitación para ejercer la profesión.

Es, sin embargo, en el ámbito de la investigación biomédica y de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida donde se han establecido mayores medidas de protección al concebido no nacido, concretamente respecto a los preembriones y embriones.

Así, en la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, se dedica el Capítulo III a regular la crioconservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida (arts. 11 y ss), estableciendo en el art. 13 que “Cualquier intervención con fines terapéuticos sobre el preembrión vivo in vitro sólo podrá tener la finalidad de tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas”¹⁸. Por su parte, el art. 15 establece que la

¹⁶ Estas sentencias, sin embargo, fueron objeto de crítica por parte de la doctrina. Véase, VIDAL MARTINEZ, J., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad nº 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, 12/2000, pp. 113-137, en la que, entre otras muchas consideraciones, estima que “Desde este enfoque la STC 116/1999 se ha mostrado, a mi juicio, excesivamente benévola al enjuiciar la L.T.R.A., y ambigua en la protección de los valores constitucionales y de los derechos de los niños nacidos a través de las técnicas que regula la Ley. Y ello por cuanto las cuestiones planteadas en el recurso de inconstitucionalidad contra la L.T.R.A. trascendían con mucho de los principios de política social o económica de cualquier Estado afectando a aspectos esenciales del ser y el vivir humano y a la preservación de un mundo habitable” (p. 137).

¹⁷ Salvo los supuestos permitidos en la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, en los arts. 13 a 15, modificada recientemente por la *Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo*, en relación al consentimiento de éstas.

¹⁸ En el núm. 2 de este precepto se señala que las terapias que se pueden realizar en preembriones in vitro sólo se pueden autorizar si se cumplen unos determinados requisitos: “a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola haya sido debidamente informada sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuesta y las hayan aceptado previamente.- b) Que se trate de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, y que ofrezcan posibilidades razonables de mejoría o curación.- c) Que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza.- d) Que se realice en centros sanitarios autorizados y

investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo se autorizará si se atiende a los requisitos señalados en el propio precepto, entre los cuales, se exige que “el preembrión no se haya desarrollado in vitro más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito, descontando el tiempo en el que pueda haber estado criopreservado” (apartado b). Estableciéndose en el Capítulo VIII de la Ley el elenco de infracciones y sanciones, que consisten en multas de carácter pecuniario y otras de carácter administrativo, “sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir” (art. 24.2).

En correlación con la norma citada, la *Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica*¹⁹ prohíbe explícitamente la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación²⁰, de acuerdo, según se señala en el Preámbulo de la Ley, “con la concepción gradualista sobre la protección de la vida humana sentada por nuestro Tribunal Constitucional, en sentencias como la 53/1985, la 212/1996 y la 116/1999”, pero permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales embrionarias humanas con fines terapéuticos o de

por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios, conforme se determine mediante real decreto”. Aclarando en el núm. 3 que “La realización de estas prácticas en cada caso requerirá de la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida”.

¹⁹ Véase comentario a esta Ley, entre otros, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Aproximación a la ley de investigación biomédica*, Fundación Ciudadanía y Valores, 2008, www.funciva.org; GRAUER GODOY, A., “Nuevos problemas jurídicos derivados de la Ley de Investigación Biomédica”, *DS: Derecho y salud*, Vol. 16, núm. 2, 2008, pp. 243-248; LACADENA CALERO, J. R., “La Ley 14/2007 de Investigación Biomédica: algunos comentarios sobre aspectos éticos y científicos”, *Revista de derecho y genoma humano*, núm. 27, 2007, pp. 13-35; MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. de, “La ley de investigación biomédica: una aproximación crítica a algunos aspectos relacionados con la investigación”, *Dilemas bioéticos actuales: investigación biomédica, principio y final de la vida* (Ed. R. Junquera de Estéfani, F. J. de la Torre Díaz), 2012, pp. 73-98; ROMEO CASABONA, C., “La Ley de Investigación Biomédica: pros y contras”, *Bioética & debat: Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*, núm. 50, 2007, pp. 22-28.

²⁰ Esta norma se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el art. 18 del *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina)*, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (y por ello denominado Convenio de Oviedo), ratificado por España el 23 de julio de 1999, que establece que “1. Cuando la experimentación con embriones ‘in vitro’ esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión.- 2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación”. Asimismo, el art. 53.1 del citado Código Deontológico Médico señala que “1.- No es ética la manipulación genética que no tenga una finalidad terapéutica, así como la manipulación sobre el embrión o feto, que no tenga una clara finalidad diagnóstica o terapéutica y que no redunde en un beneficio para él”.

investigación que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin y en los términos definidos en esta Ley. Así, la Ley dedica su Título III a la donación y el uso de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos, señalando en su art. 28.2 que “La interrupción del embarazo nunca tendrá como finalidad la donación y la utilización posterior de los embriones o fetos o de sus estructuras biológicas. El procedimiento y modo de la práctica de la interrupción del embarazo estarán únicamente supeditados a las exigencias y limitaciones legales y a las características y circunstancias que presente aquél”, y que “3. Los fetos expulsados prematura y espontáneamente serán tratados clínicamente mientras mantengan su viabilidad biológica, con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital”. De esta manera, en el art. 30 se establecen una serie de limitaciones a la investigación con los embriones y fetos vivos en el útero, estableciendo que “Exclusivamente podrán autorizarse intervenciones sobre el embrión o el feto vivos en el útero cuando tengan un propósito diagnóstico o terapéutico en su propio interés, sin perjuicio de lo previsto legalmente sobre la interrupción voluntaria del embarazo”. También en esta norma se determinan una serie de infracciones y sanciones (arts. 72 y ss), de carácter administrativo, y que igualmente consisten en multas y en otras medidas de orden administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

A ello hay que añadir la referencia que a los concebidos no nacidos se realiza en el *Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos*, en cuyo artículo 6.3 se dispone que “En mujeres gestantes o en período de lactancia, sólo se podrán realizar ensayos clínicos sin beneficio potencial directo para ellas cuando el Comité Ético de Investigación Clínica concluya que no suponen ningún riesgo previsible para su salud ni para la del feto o niño, y que se obtendrán conocimientos útiles y relevantes sobre el embarazo o la lactancia”.

Por último, hay que hacer una referencia especial a la regulación que se ha incluido en la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, en virtud de la cual se modifica el art. 17 de la LOPJM de 1996 en cuyo punto 9 se establece la competencia de la Administración Pública para

intervenir en las posibles situaciones de riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo²¹ o desamparo del recién nacido, pudiendo adoptar las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, en colaboración con los servicios de salud correspondientes. El mismo precepto entiende por situación de riesgo prenatal “la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido”. En el precepto se señala que los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Y se añade que “tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección”. Pero del contenido de este párrafo y del contexto en el que se incluye, las consecuencias de una situación de riesgo, tanto postnatal como antenatal, no implican una sanción para los progenitores que han dado lugar a esta situación sino tan solo la intervención de la Administración pública en colaboración con otros organismos (centros escolares y servicios sociales y sanitarios) y la aplicación de medidas para paliar dicha situación (art. 17.2 y 3).

3. La protección jurídica del concebido no nacido en el ámbito civil.

3.1. El artículo 29 del Código civil. Los efectos favorables para el concebido no nacido.

²¹ Dicho art. en su núm. 1 señala que “Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar”.

En el ámbito civil, el citado artículo 29 del Código civil, en su inciso segundo, como ya se ha señalado anteriormente, aparece como una norma de protección del concebido no nacido al establecer que “el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.

Ya se ha indicado que al poner en relación este segundo inciso del precepto con el primer inciso del mismo, que señala que el nacimiento determina la personalidad, se desprende de ello que el concebido no nacido no tiene personalidad jurídica, y, por ende, no se le puede atribuir la titularidad de derechos, si no hasta su nacimiento con los requisitos del art. 30 del mismo Código.

También se ha indicado que esta norma ha sido objeto de críticas por algún sector doctrinal en cuanto al alcance de concepto *persona*, que viene absolutamente limitado por el mencionado inciso, siendo que, inclusive algún autor que critica dicha limitación, entiende que el concebido no nacido es titular de derechos humanos, pero es más complejo atribuirle otro tipo de derechos²².

²² Así, CALVO MEJIDE, *ob. cit.*, pp. 293-294, señala expresamente que “es otra incongruencia que al *nasciturus*, desde la perspectiva del Derecho Civil, se le protejan todos los efectos que le sean favorables (art. 29 C.c.) y se le reconozcan ciertos derechos civiles (recibir donaciones y derecho a la herencia), y se le niegue su dignidad y sus derechos fundamentales”; para este autor, este precepto fundamenta la atribución al *nasciturus* de los derechos humanos pues son derechos que surgen de la propia naturaleza humana (de ahí su denominación “derechos humanos”, universalmente reconocida), de modo que si se reconoce que los ‘*nascituri*’ son seres humanos y por tanto personas se le han de reconocer y tutelar los derechos que al ser humano intrínsecamente le corresponden; sin embargo reconoce que “Más complejo es el reconocimiento de los derechos subjetivo-positivos de carácter político o civil; hay derechos que no son predicables del ‘*nasciturus*’ (piénsese en el derecho al voto), como no son predicables de otras personas, por no reunir los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para su titularidad o para su ejercicio. Otros derechos de índole civil sí son predicables del ‘*nasciturus*’ como titular de los mismos, como lo pueden ser la donación o la herencia, aunque su ejercicio deba ser efectuado por otras personas, sus representantes legales. Estos derechos pertenecen al *nasciturus* como sujeto actual, pero sometidos a la doble condición suspensiva de los artículos 29 y 30 CC, la cual supone que el derecho existe en acto desde que jurídicamente surge, pero su eficacia queda en suspenso hasta que la condición se cumpla, cumplida la cual aquél produce todos sus efectos con la retroacción de los mismos al momento de nacimiento del derecho. La justificación, en estos casos, de la exigencia del cumplimiento de la doble ‘*conditio iuris*’ sería la protección del tráfico jurídico”.

El sujeto de la protección que otorga este precepto es el *nasciturus*, es decir, el concebido no nacido²³, y no lo es el *concepturus*, es decir, aquél que aún no ha sido concebido²⁴.

En este precepto se reconoce la existencia de una expectativa de derechos para el concebido no nacido, que se le atribuirán en el momento en que nazca (con las condiciones establecidas en el art. 30)²⁵. Como se ha señalado en la STS, Sala Segunda, de 20 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4980), los derechos y relaciones favorables se encuentran en una situación de pendencia durante todo el tiempo que dura la gestación hasta el momento en que se produce el parto²⁶.

No obstante, el punto crucial del precepto radica en conocer el alcance de la expresión que utiliza el legislador “para todos los efectos que se sean favorables”.

Entiende la doctrina que la expresión “efectos favorables” implica la exclusión de los efectos perjudiciales y la facultad general de adquirir derechos²⁷, aunque puedan pesar cargas y gravámenes sobre los mismos²⁸.

Tradicionalmente, se ha sostenido que esos efectos son primordialmente de carácter patrimonial²⁹. Efectivamente, en el Código civil cuando se mencionan derechos

²³ Véase el origen y evolución del concepto en ARROYO Y AMAYUELAS, E., *La protección al concebido en el Código civil*, Madrid: Ed. Civitas, 1992, pp. 25-38.

²⁴ CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *Aspectos civiles de la protección al concebido no nacido*, Madrid: Ed. McGraw-Hill, 1997, pp. 31-33, diferencia la distinta protección que se da al *nasciturus* y al *concepturus*, extendiendo la primera al concebido *in vitro*.

²⁵ En este sentido, CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *Aspectos civiles de la protección al concebido no nacido*, Madrid: Ed. McGraw-Hill, 1997, p. 24, estima que la situación de pendencia es la más adecuada para explicar la naturaleza jurídica de la protección al concebido.

²⁶ En la interpretación del art. 29 acerca de a que sujeto se atribuyen esos efectos favorables, y pese a alguna opinión discrepante, parece que ese sujeto es el concebido no nacido (*nasciturus*), y que tales derechos no se atribuyen al no concebido (*non dum concepti*) ni a terceros, aunque señala GUTIERREZ SANTIAGO, P., “Aspectos civiles (patrimoniales y personales) de la protección jurídica al concebido no nacido”, *Laicidad y libertades*, 2010 (10), pp. 209-210, que “en la práctica la cuestión no resulta estar nada clara, siendo no pocas las sentencias que, al cobijo del interés o beneficio indirecto del *nasciturus* (ex art. 29.2 CC), terminan por atribuir derechos a sus progenitores”.

²⁷ Entiende ARROYO Y AMAYUELAS, *ob. cit.*, p. 99 que “efectos favorables” significa “reservar al que ha de nacer los derechos que, de haber nacido cuando se originaron, podían haberle correspondido”.

²⁸ Véase por todos, CALLEJO RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 38; GUTIERREZ SANTIAGO, *ob. cit.*, pp. 210-211.

²⁹ Entre otros, CALLEJO RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 26-27, aunque señala que esta afirmación se desvirtúa por la dicción del segundo inciso del art. 29; COBAS COBIELLA, M^a. E., “¿Embarazo y daños en la procreación? Algunas notas en relación a la cuestión”, *Revista Española de Drogodependencias*, 36 (4),

a favor de los concebidos éstos son de carácter patrimonial, *inter vivos* o *mortis causa*, y se le atribuyen siempre que se produzca su nacimiento. Por lo que más que la atribución de una titularidad se está produciendo una reserva de la titularidad de estos derechos. Concretamente, en el Código civil se reconoce la posibilidad de realizar donaciones a los concebidos no nacidos (art. 627 CC)³⁰, y de nombrarles herederos (testamentarios, legítimos o forzosos) o legatarios (arts. 745, 1º, *a contrario sensu*, en relación con los arts. 959 a 967 del CC)³¹.

Sin embargo, el hecho de que el precepto utilice la expresión “todos los efectos que le sean favorables” ha determinado que la doctrina amplíe el contenido de lo efectos, señalando que éstos no se limitan únicamente a la atribución de donaciones y de derechos sucesorios, y que dada la generalidad de la fórmula empleada por el legislador, el precepto se refiere no sólo a los efectos favorables de carácter patrimonial sino también a los de carácter personal o extrapatrimonial³².

Algún autor ha puesto de relieve la enorme casuística que queda comprendida dentro del ámbito de aplicación de la norma: Derecho de daños, nacionalidad y, de forma especialmente fecunda, Derecho de familia (procedimientos de separación y divorcio, protección jurídica de menores, acciones de filiación, etc.), “en los que, ya con apoyo exclusivo en el art. 29.2 CC, ya con el sustento complementario que ofrecen otros preceptos legales de nuestro ordenamiento –a veces, de forma expresa y, las más, bastante tibia o genérica-, los tribunales otorgan al *nasciturus*, ante la expectativa de que

2011, p. 483, quien señala que se ha hecho escasa incidencia por parte de la doctrina sobre los aspectos vitales del feto.

³⁰ En estos casos, dichas donaciones, establece el art. 627, “podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento”.

³¹ En dichos preceptos se establecen las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta; entre ellas, se dispone que se suspenderá la división de la herencia hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta (art. 966 CC).

³² En este sentido se manifiesta un sector de la doctrina; entre ellos, GONZÁLEZ GOZALO, A., “Comentario al art. 30 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona: Ed. Thomson-Aranzadi, 3ª ed., 2009, p. 144; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “El artículo 29 del Código civil como norma general de protección jurídica del concebido”, *Revista jurídica del notariado*, núm. 39, 2001, pp. 141-142; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ob. cit.*, pp. 258 y 266; GUTIERREZ SANTIAGO, *ob. cit.*, pp. 215-216, señala que existen Resoluciones de la DGRN, entre ellas, las de 31 marzo 1992 (RJ 1992/3474), 12 julio 1993 (RJ 1993/6357), 7 septiembre 2001 (JUR 2001/8437), 26 diciembre 2002 (JUR 2003/57531) y 23 mayo 2007 (JR 2008\256348), en las que se manifiesta que el art. 29 CC “contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no se agota en la esfera patrimonial”.

llegue a nacer y a condición de ello, diferentes tipos de derechos civiles, tanto de carácter patrimonial como extrapatrimonial”³³.

En el ámbito del Derecho de daños, se menciona, entre otros, como un efecto favorable a favor del concebido no nacido, la atribución al mismo de las indemnizaciones derivadas de los supuestos de responsabilidad civil.

3.2. La indemnización derivada de la responsabilidad civil como efecto favorable a favor del concebido no nacido.

Estima la doctrina que es posible incluir entre los efectos favorables a favor del concebido no nacido, en virtud del art. 29.2 CC, la posibles indemnizaciones derivadas de la responsabilidad civil por actos que hayan ocasionado daños al *nasciturus*³⁴.

Y en este sentido, se admite que cabe la atribución de una indemnización de la responsabilidad procedente de la ejecución de cualquier tipo de hecho dañoso³⁵, y que tal indemnización comprende tanto los daños materiales como los personales.

³³ GUTIERREZ SANTIAGO, *ob. cit.*, pp. 218, quien a continuación procede a un análisis pormenorizado de situaciones en las que se le reconocen al concebido no nacido efectos favorables, entre ellas, la indemnización derivada de responsabilidad civil, los efectos producidos en los procedimientos judiciales de separación y divorcio en relación a la pensión de alimentos a favor del concebido, guarda y custodia, régimen de visitas y uso y disfrute de la vivienda familiar, los efectos derivados de las medidas jurídicas de protección de los menores (adopción, acogimiento y declaración de la situación de desamparo) y de los procesos de filiación, y la adquisición *iure sanguinis* de la nacionalidad española (pp. 219-253). Aunque estos efectos no se agotan únicamente en el ámbito civil, puesto que la autora, además, menciona otros (pp. 217-218): en sede civil (reconocimiento de la protección de los datos personales del nasciturus como un efecto favorable del art. 29.2, señalado también por ERDOZAN, J. C., “La protección de los datos de carácter personal en las telecomunicaciones”, en *Aranzadi Civil*, nº.1, 2007, BIB 2007190, *Wesllaw*); en sede contencioso-administrativa (solicitud de admisión en guardería de concebido no nacido), en sede laboral (admisión de permiso de un trabajador por amniocentesis a su pareja embarazada), en sede penal (agravación del tipo por agresión a mujer embarazada).

³⁴ En este sentido se manifiestan, entre otros, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, T.II, Madrid: Ed. Civitas, 1984 (reproducción facsimilar de la edición del Instituto de Estudios Jurídicos, 1952), p. 31; GONZÁLEZ GOZALO, *ob. cit.*, p. 144; GUTIERREZ SANTIAGO, *ob. cit.*, pp. 219-220; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ob. cit.*, p. 280; MONTÉS PENADÉS, V.L., “Comienzo y fin de la personalidad”, en *Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona* (Coord. por F. BLASCO GASCÓ), Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2003, p. 191.

³⁵ Así, GUTIERREZ SANTIAGO, *ob. cit.*, pp. 219, señala que es irrelevante que la responsabilidad se haya determinado en el orden jurisdiccional civil, contencioso-administrativo, penal o laboral.

De este modo, entiende la doctrina que el nacido, con efectos retroactivos, puede reclamar por derecho propio el resarcimiento de los daños, morales y patrimoniales, que se le han ocasionado durante la gestación³⁶.

Esta responsabilidad puede ocasionarse por la realización de un hecho dañoso, de un acto ilícito civil o de un acto ilícito penal.

Durante la gestación, la vida y la salud del *nasciturus* puede ser menoscabada bien por causas espontáneas, sin intervención de terceros sujetos, bien por la intervención de terceros, entre los que se encuentran sujetos extraños al concebido, parientes, profesionales sanitarios o los mismos progenitores, que, sin ánimo de causar estos daños o intencionadamente, interfieren en el desarrollo normal del concebido.

En nuestro ordenamiento jurídico existen diversos instrumentos que permiten proteger al concebido no nacido del daño efectuado, y que, como se verá, han sido utilizadas por nuestros tribunales en la cuestión tratada.

En cuanto a los daños efectuados por un tercero (sean sujetos extraños al *nasciturus* o posibles parientes del mismo) al concebido no nacido, cabe recordar que existen ciertos preceptos en nuestro ordenamiento jurídico que lo protegen de estos daños a través de la responsabilidad derivada de determinados delitos que sancionan los actos que ocasionan dichos daños. Por un lado, y aunque alejado del tema que nos concierne, se encuentra la protección que el Código penal dispensa al concebido a través del delito de aborto en los arts. 144 a 146; y, más concretamente por el tema que nos atañe, a través del delito de lesiones al feto de los arts. 157 y 158. A ello hay que añadir que el propio Código penal, en el ámbito de la investigación biomédica y de la reproducción humana asistida, y en defensa de los preembriones y embriones, establece los delitos de manipulación genética en los arts. 159 a 162, y en las leyes específicas sobre estas materias, anteriormente mencionadas, se establecen sanciones de carácter administrativo.

³⁶ En este sentido, en LACRUZ et alii, *ob. cit.*, p. 17, se señala que “la retroacción de la «personalidad» pueda ayudar al nacido en la reclamación, por derecho propio, del resarcimiento por lesiones que se le causaron estando en el claustro materno y cuyos efectos persistan luego”, ya que, al margen de su eventual valoración penal, “se puede reputar cometido contra él un acto ilícito civil, y (...) debe ser él el acreedor de la indemnización por los daños sufridos por él mismo”.

Por otro lado, en el ámbito procesal se permite al concebido no nacido que sea parte en los procesos judiciales en materias que les afectan. Concretamente, en el art. 6.1, 2º de la LEC, en donde se establece que podrán ser parte en lo procesos ante los tribunales civiles: “2.º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables”, en el que, como se observa, se hace una remisión implícita al art. 29, segundo inciso, del Código civil; disponiendo el art. 7.3 LEC que: “Por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacidos”. Considera la doctrina que la inclusión en la LEC de la capacidad procesal del concebido no nacido supone la expresión de la autentica protección civil del mismo³⁷, de manera que es una norma a través de la cual se despliega la efectiva tutela jurídica del *nasciturus* en el Derecho español.

En el ámbito sanitario, también se deriva una responsabilidad, de carácter específico, por las actuaciones de los profesionales sanitarios que causan daños o lesiones al concebido no nacido. Además de los supuestos previstos en los casos de aborto y de lesiones al feto, antes indicados, en el Derecho español se ha ido admitiendo progresivamente, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, las denominadas, utilizando la terminología anglosajona, acciones “*wrongful birth*” y “*wrongful life*”, que se producen sobre la base de una demanda que solicita el resarcimiento de los daños producidos por el nacimiento de un niño con malformaciones o enfermedades congénitas debido a la negligencia omisiva del facultativo responsable, demanda que puede interponerse por los progenitores del nacido o por uno de ellos, o bien por el propio nacido, generalmente a través de sus representantes legales; al primer supuesto se hace referencia con el término de acciones de *wrongful birth*, y en el segundo supuesto se habla de *wrongful life*³⁸.

Por último, en el ámbito civil, con carácter muy general, en nuestro Código se establece la responsabilidad civil extracontractual por los daños, tanto de carácter

³⁷ En este sentido, LORCA NAVARRETE, A. M^a., *Tratado de derecho procesal civil. Parte especial*, Madrid: Ed. Dykinson, 2000; y *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento civil* (Coords. Lorca Navarrete, Guilarte Gutierrez), Valladolid: Ed. Lex Nova, 2000, p. 95; ALISTE SANTOS, T. J., *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Barcelona: Ed. Atelier, 2011, p. 137.

³⁸ Así, MACÍA MORILLO, A., “La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 2007 (27), p. 20; véase el tratamiento doctrinal y jurisprudencial que la autora hace de estas acciones en pp. 29-34.

material como moral, realizados a terceros, en cuanto el art. 1902 establece que: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”.

De todas las situaciones y actuaciones que pueden comprometer la vida y la salud del concebido no nacido interesa en este trabajo el daño corporal producido a éste por enfermedades transmitidas por los progenitores.

4. La protección de la integridad física y de la salud del concebido no nacido en el Derecho español.

A diferencia de lo que sucede con las actuaciones de los terceros (sean extraños o cualificados por su profesión) dañosas para el concebido no nacido que expresamente tienen una norma que protege a éste frente a dichas actuaciones, como se acaba de indicar, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que de manera explícita regule las consecuencias de una actuación dañosa para el concebido no nacido por parte de los progenitores a través de la transmisión de enfermedades o malformaciones.

Ello no quiere decir que tales actuaciones que menoscaban la salud de los concebidos queden exentas de responsabilidad.

Sin embargo, algún sector de la doctrina se ha cuestionado la existencia y, por tanto, posible reclamación de dicha responsabilidad³⁹.

Frente a lo menoscabos producidos en la salud de los *nasciturus* Se puede señalar que existen en nuestro derecho ciertas normas que protegen la salud de los *nasciturus* frente a lo menoscabos producidos en la misma por la transmisión de enfermedades por sus progenitores, que hay que interrelacionar con el derecho, y, consecuentemente el deber, de protección de la vida e integridad física y salud del

³⁹ En esta línea, MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales (Las llamadas acciones de Wrongful birth y wrongful life)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 65-69; GUTIERREZ SANTIAGO, *ob. cit.*, pp. 219,

concebido no nacido que impera en nuestro ordenamiento jurídico, y que alcanza no solo a terceros sino también a los propios progenitores.

Por ello conviene recordar cuál es el fundamento jurídico de dicha protección, por un lado, y qué tipo de enfermedades son transmisibles al hijo concebido para determinar la atribución de responsabilidad a los progenitores por dicha transmisión.

4.1. La protección jurídica de la vida e integridad física y salud del concebido no nacido.

Como se ha indicado anteriormente, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma concreta que de manera explícita reconozca al concebido no nacido el derecho a la vida y a la integridad física, dado que no se le atribuye personalidad jurídica⁴⁰.

No obstante, el Tribunal Constitucional en la citada sentencia 53/1985 se pronunció en el sentido de reconocer que se debe proteger la vida, y consecuentemente, la integridad física del concebido. Al analizar el alcance del art. 15 de la Constitución Española, en cuanto a la titularidad del derecho en él garantizado, consideró que la vida “es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados”, y partía de una noción básica de la vida precisando que “la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital”, señalando que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta, y que “dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la

⁴⁰ Como señala COBAS COBIELLA, M^a. E., “¿Embarazo y daños en la procreación? Algunas notas en relación a la cuestión”, *cit.*, p. 482, señala que en nuestro ordenamiento jurídico no se ha tenido en cuenta tanto la salud del concebido cuanto el derecho de la madre a su propia salud.

gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital”. Y finalizaba considerando que “previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana”.

A la vista de todo ello, el Tribunal Constitucional concluye que si la Constitución protege la vida con tanta relevancia, “no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma”; por lo que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental (la vida humana) garantizado en el art. 15 de la Constitución, “constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”.

Las conclusiones del TC conllevan que tanto la vida del concebido como su integridad física se encuentran protegida constitucionalmente, aunque éste no sea titular de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 15 (Derecho a la vida y a la integridad física y moral).

La integridad física no solamente se refiere la existencia de todos los atributos físicos y psíquicos de una persona, sino que engloba también la salud física y psíquica de la misma.

Así pues, no hay norma concreta que reconozca el derecho a la vida y a la integridad física del concebido no nacido, pero en virtud de estas consideraciones del TC existen en nuestro ordenamiento jurídico que protegen la vida y la integridad física y salud del mismo.

En particular, dicha protección se realiza en las normas anteriormente citadas contenidas en el Código penal y en las leyes sobre investigación biomédica y aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, a las que hay que añadir la referencia que hace la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* a las situaciones de riesgo prenatal.

Sin embargo, en las citadas leyes de reproducción humana asistida y de investigación biomédica se distinguen varias situaciones en las que se puede encontrar el concebido no nacido, según las distintas fases por la que pasa su desarrollo desde el momento de la fecundación hasta el momento del parto. Teniendo en cuenta dichas fases, en nuestra legislación se diferencia entre preembrión, embrión y feto.

La consecuencia de dicha distinción es que se produce una diferente protección del concebido, dado que, según la fase de desarrollo en que éste se encuentre, nuestra legislación permite la intervención sobre el preembrión y el embrión, tanto a efectos de una fecundación artificial como a efectos de una investigación científica. Por tanto, esta permisibilidad limita la protección del concebido⁴¹, dado que, como el propio Tribunal Constitucional señaló en la sentencia 53/1985, la protección de la vida del nasciturus no significa que haya de revestir carácter absoluto, pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aún debe estar sujeta a limitaciones (FJ 7), lo que sucede en las leyes 14/2006 y 14/2007, aún cuando esa intervención se realice sólo en los casos permitidos en la propia legislación y en las condiciones y con los requisitos exigidos en las mismas.

4.2. La noción de enfermedad en relación con la salud del concebido no nacido como presupuesto del nacimiento de responsabilidad de los progenitores en los casos de transmisión de enfermedades o malformaciones.

A la hora de abordar la responsabilidad civil de los progenitores por daños corporales ocasionados en la salud de los hijos concebidos pero no nacidos por transmisión de enfermedades o malformaciones, parece conveniente conocer cuales son las enfermedades que dichos progenitores pueden transmitir a sus hijos concebidos y que pueden menoscabar la salud de los mismos.

⁴¹ Entienden que la protección jurídica del feto está limitada ROMEO CASABONA, C. M^a., “La protección jurídica del concebido. El feto como paciente”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1989 (7), p. 437; FEMENÍA LÓPEZ, P., “Embrión (jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, cit., p.705, señalando éste último que no parece que pueda otorgarse al embrión el mismo grado de protección jurídica que al individuo ya nacido, pues la gestación es un proceso biológico sometido a cambios cualitativos, que se inicia con la fecundación y termina con el nacimiento, “por lo que se encuentra perfectamente justificada una intensificación de la protección jurídica a medida que se adquiera mayor certidumbre en la conclusión del proceso” (p.711).

4.2.1. La diferenciación e interrelación entre las nociones de salud y enfermedad.

El concepto de salud y de enfermedad están tan íntimamente interconexionados que demasiadas veces se recurre a uno para explicar la ausencia del otro. Esta recurrencia que sirve a nivel popular no se puede utilizar a nivel legal, puesto que si se no se fija lo que se considera salud, difícilmente se puede determinar la existencia de responsabilidad derivada de un acto o de la omisión del mismo, con consecuencias perceptibles en la aparición de enfermedades o malformaciones. Por lo que resulta necesario realizar un acercamiento más sistemático a los anteriores conceptos a fin de poder establecer una situación en términos médicos que sirva de base para determinar en un momento posterior el nacimiento o no de la responsabilidad civil en términos legales.

La determinación de los conceptos o nociones de salud y enfermedad no es una cuestión banal; muy al contrario de lo que en un primer momento se pueda pensar, las definiciones de salud y enfermedad, pese a tener un sustrato común, van a variar sustancialmente dependiendo, no ya solamente del país, sociedad o nivel económico, sino de la percepción de la propia persona sobre su situación. Hasta tal punto que se puede bipolarizar la salud o la enfermedad en dos planos: por un lado, en un plano subjetivo, en el que se sitúa un sujeto en concreto, que haría referencia al concepto que el sujeto mismo tiene de salud y de enfermedad y que se corresponde con su forma particular de vivir las mismas⁴²; por otro lado, en un plano objetivo o material, se haría referencia a la enfermedad misma.

Las definiciones de salud y enfermedad han ido evolucionando a lo largo de los años y con expresa relación al ámbito territorial en la que se encuadra, variando también según la óptica desde la que se contemplan ambos conceptos (jurídica, médica, sociológica, filosófica, política, económica...).

⁴² Así, VIDAL MARTÍNEZ, J., “Acerca del Derecho a la protección de la salud en relación con los avances en biomedicina desde la perspectiva del Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, p. 31.

En un intento de encontrar una definición a nivel global se puede recurrir en un primer momento a las definiciones realizadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁴³, punto de referencia internacional en el ámbito de la salud .

La OMS en 1946 señalaba que “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”⁴⁴.

Sin embargo, en 1985 la Oficina Regional para Europa de dicha Organización, emitió otra definición que recoge el pensamiento actual y propone considerar la salud como “La capacidad de realizar el propio potencial personal y responder positivamente a los retos del ambiente”, remarcando el claro papel que tiene el entorno donde nos desarrollamos en nuestro estado de salud y, por lo tanto, en nuestra calidad de vida.

Esta idea acerca de la salud se reforzó en la Conferencia Internacional de Promoción de la Salud realizada en Ottawa (Canadá) el 21 de noviembre de 1986, organizada por la Organización Mundial de la Salud, el Ministerio de Salud y Bienestar Social de Canadá y la Asociación Canadiense de Salud Pública, y en la que, entre 212 delegados de 38 países participó España, donde se emitió un documento, la *Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud*⁴⁵, relativa a las acciones que se habían de realizar para alcanzar la salud para todos, y en donde se contempla ésta como un recurso para la vida cotidiana, no como el objetivo de la vida, señalándose que la salud “es un concepto positivo que enfatiza recursos sociales y personales, junto con capacidades físicas”, y que, por tanto, “la promoción de la salud no es simplemente responsabilidad del sector sanitario, sino que va más allá de los estilos de vida saludables para llegar al bienestar”, añadiéndose como requisitos esenciales para alcanzar una vida saludable la existencia de cobijo, educación, alimento, ingresos económicos, un ecosistema estable, recursos sostenibles, justicia social y equidad. Con posterioridad, se han ido realizando

⁴³ Hay que recordar que España es parte de la OMS desde el 28 de mayo de 1951.

⁴⁴ La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948, no siendo modificada dicha definición desde ese año.

⁴⁵ Dicha carta tomaba como base la *Declaración sobre la Atención Primaria de Salud en Alma-Ata* (1978) y el documento *Objetivos de Salud Para Todos* de la Organización Mundial de la Salud.

otras conferencias sobre promoción de la salud⁴⁶, donde se han ido cimentando los principios clave para las acciones de dicha promoción⁴⁷. En la VIII Conferencia Mundial de Promoción de la Salud, celebrada en Helsinki (Finlandia), del 10 al 14 de junio de 2013, se adoptó la *Declaración de Helsinki sobre Salud en Todas las Políticas*, en la cual los Estados participantes reconocieron un compromiso con la equidad en salud, de manera que poder disfrutar del más alto nivel de salud posible es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, que los gobiernos tienen una responsabilidad con la salud de la población y que la equidad en salud es una expresión de justicia social; asimismo, señalaban que una buena salud mejora la calidad de vida, aumenta la capacidad de aprendizaje, fortalece a las familias y comunidades, y mejora la productividad de la fuerza de trabajo, concluyendo que las acciones destinadas a promover la equidad contribuyen de manera significativa a la salud, la reducción de la pobreza, la inclusión social y la seguridad.

Desde el punto de vista jurídico, hay que señalar que en los diversos textos legales de carácter internacional se ha reconocido la salud como un derecho humano. Entre ellos, se debe mencionar la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴⁸ en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París, en cuyo art. 25 se establece que “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”, añadiendo en su núm. 2 que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado en Nueva York el 19 de diciembre de

⁴⁶ Éstas tuvieron lugar en Adelaide (1988), Sundsvall (1991), Yakarta (1997), México City (2000), Bangkok (2005) y Nairobi (2009).

⁴⁷ Estos principios fueron reforzados en la *Declaración Política de Río sobre los determinantes Sociales de la Salud* (2011), la *Declaración Política de la Reunión de alto nivel de las Naciones Unidas sobre las enfermedades no transmisibles* (2011), y el Documento final aprobado en Río+20, *El futuro que queremos* (2012).

⁴⁸ Ha que recordar que España forma parte de esta organización desde el 14 de diciembre de 1955.

1966, y ratificado por España el 13 de abril de 1977, señala en su art. 12 que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”⁴⁹. De otro lado, *la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza, revisada en 2012 (publicada en el DOUE el 26 de octubre de 2012), reconoce en su art. 3 el derecho a la integridad de la persona, señalando que “1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica”, y en su art. 35 establece la protección de la salud, disponiendo que “Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”.

Ciñéndonos a nuestro ordenamiento jurídico, nuestra norma fundamental, la Constitución Española de 1978, considera la salud como un derecho, pues en el art. 15 de la misma se consagra como derechos fundamentales el derecho a la vida y a la integridad física y moral (situados sistemáticamente en el Título I, *De los Derechos y deberes fundamentales*, Capítulo II, *Derechos y libertades*, Sección Primera, *De los Derechos y libertades públicas*), y, como se ha indicado, la integridad física incluye la salud física y mental. De modo que nuestra Constitución considera la salud individual de las personas como un derecho fundamental, de la personalidad, esencial a la propia persona⁵⁰.

Pero, por otra parte, la Constitución se refiere también a la salud (utilizando ya y concretamente dicho término) en el Título I, Capítulo III, que trata *De los principios rectores de la política social y económica*, en cuyo artículo 43 establece el derecho a la

⁴⁹ Añadiendo en su núm. 2 que “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

⁵⁰ En el mismo sentido, BANDRÉS MOYA, F., “Salud”, en la *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T. II, (Dr. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, 2011, p. 1480.

protección de la salud⁵¹, encomendando para ello a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (art. 50)⁵². Nuestra Constitución, pues, dio un paso clave en el camino de la mejora de la salud de la población al consignar esta disposición en nuestra norma fundamental. A ello hay que añadir que, además, en su artículo 51 se establece la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Ello implica que nuestra Constitución reconoce el derecho a la salud y el derecho a la protección de la salud como derechos básicos y como principio orientador de la actuación de los poderes públicos⁵³, a los que nuestro ordenamiento dota de protección en otras leyes más concretas (legislación penal, civil, sanitaria y administrativa).

El derecho a la protección de la salud reconocido en la Constitución se interpretó usualmente como derecho a recibir cuidados sanitarios frente a la enfermedad. Pero parece que hoy en día esta definición queda históricamente superada, no sólo por la evolución científica y social, sino también por la normativa posterior, tanto estatal como autonómica, que se ha ido desarrollando en torno a la salud en nuestro país⁵⁴.

⁵¹ El art. 43 dispone concretamente: “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.- 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.- La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.- 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

⁵² El art. 50 establece: “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

⁵³ En este sentido, BANDRÉS MOYA, *lug. últm. cit.*, quien señala que la inclusión de la salud en el Capítulo III del Título I de la CE determina que “su reconocimiento, respeto y protección deberá informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, y que de acuerdo al art. 53.3 de la misma, dicho principio sólo podrá ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrolle.

⁵⁴ Así, VIDAL MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 25-26, quien, sin embargo, advierte que “El progreso revolucionario de la moderna medicina y de la biotecnología supone un avance muy apreciable en la lucha contra las enfermedades y en la mejora del bienestar humano, pero también conlleva indeseados efectos y peligros para los seres humanos”.

Así, la reciente *Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública*⁵⁵, más que una definición de salud o de enfermedad, aporta una organización de servicios sanitarios enfocada, como señala en su preámbulo, a dar respuesta a los problemas de salud y a atenuar los perjuicios de las enfermedades, tratando de cumplir en la estela de las anteriores, el mandado constitucional. En dicha Ley se habla de “niveles de salud”, de “recuperar la salud”, de “proteger la salud”, pero como se desprende de su lectura no entra a definir el concepto de salud y de enfermedad sino por contraposición entre ambos conceptos, es decir, si existe salud es porque no existe enfermedad y al contrario.

Por su parte, la *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*, establece en su artículo 3, como uno de los principios generales que rigen en el ámbito sanitario, que el sistema sanitario se orienta prioritariamente hacia la prevención y la promoción de la salud.

La *Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*, dispuso las bases para una prestación asistencial de calidad por los servicios sanitarios, resaltando los esfuerzos que el conjunto de la sociedad debe hacer para asegurar un buen estado de salud mediante la prevención de la enfermedad y la promoción de la salud.

Por otro lado, existe otra norma en la que se da una definición concreta de salud, la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.*, que, a efectos de la ley, establece en el art. 2, a) que salud es “el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la

⁵⁵ El artículo 1 de esta ley establece el objeto de la misma disponiendo que: “Esta ley tiene por objeto establecer las bases para que la población alcance y mantenga el mayor nivel de salud posible a través de las políticas, programas, servicios, y en general actuaciones de toda índole desarrolladas por los poderes públicos, empresas y organizaciones ciudadanas con la finalidad de actuar sobre los procesos y factores que más influyen en la salud, y así prevenir la enfermedad y proteger y promover la salud de las personas, tanto en la esfera individual como en la colectiva”, definiendo a continuación la salud pública como “el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales”. Señala REGIS PRADO, L., “Salud pública”, en la *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T. II, (Dr. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Ed. Comares, Granada, 2011, p. 1483, que “Se ha entendido la salud pública como referida a la salud de la colectividad a través del estado del bienestar -psíquico, físico y social- de todos y cada uno de los individuos que forman parte integrante e indisoluble de la misma. Ello nos lleva a la conclusión de que dicho término alude a la salud del individuo considerado como miembro de una sociedad”.

ausencia de afecciones o enfermedades”, y que, como se observa, recoge la concepción de la salud definida por la OMS en 1946.

Como conclusión se puede señalar que actualmente en la protección de la salud de la persona se ha de tener en cuenta un complejo de factores, en el que el fin último no es sólo suprimir una enfermedad sino procurar el bienestar del individuo⁵⁶.

Se han señalado algunas de las referencias que efectúa la legislación española, intentando un acercamiento al concepto de salud. Parece conveniente también complementar dichas acepciones con otras procedentes del ámbito de la medicina, sobre todo en relación al concepto de enfermedad.

Así, el Diccionario Ilustrado de Medicina Dorland define la salud como el “Estado de bienestar óptimo físico, mental y social, y no sencillamente la ausencia de enfermedad”⁵⁷. Y la enfermedad como “1. Cualquier desviación o alteración de la estructura o función normales de una parte, órgano o sistema del cuerpo, que se manifiesta por sus síntomas y signos característicos cuya etiología, características anatomopatológicas y pronóstico pueden conocerse o ser desconocidas. 2 situación caracterizada por una marcada desviación del estado normal de salud”⁵⁸. Por su parte, la definición de enfermedad del Diccionario Terminológico de Ciencias define ésta como la “Pérdida de salud. Alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias

⁵⁶ En este sentido, VIDAL MARTINEZ, *ob. cit.*, pp. 39 y 41, señala que “la salud implica el equilibrio físico psíquico de la persona humana, unidad sustancial indefinible, susceptible de ser contemplada en el plano jurídico como realidad estática dotada de unos derechos inherentes e inviolables, y a la vez dinámica en tanto el sujeto ejercita su libertad siguiendo impulsos que pueden ser encauzados mediante la educación hacia el pleno desarrollo de la personalidad y específicamente hacia la protección de la salud, contribuyendo ello de manera significativa al mantenimiento de la salud individual y colectiva”, y que “Dado que la salud individual es fruto de diversos factores, objetivos y subjetivos, y está sujeta en última instancia a los condicionamientos de la naturaleza humana y a las características y comportamientos de cada persona, será necesario atender a ese cúmulo de factores, procurando que el progreso tecnológico se ponga al servicio de la persona humana, gestionado para ello prudentemente los avances que se produzcan en el campo de la biomedicina”.

⁵⁷ Dorland: Diccionario enciclopédico ilustrado de Medicina, Tomo II, Ed McGraw-Hill/ Interamericana de España, 29ª ed., 2003, p. 1931.

⁵⁸ Dorland: Diccionario enciclopédico ilustrado de Medicina, Tomo I, *cit.*, p. 691. Otros términos que interesan para el tema que se trata y que se definen también en dicho Diccionario son los siguientes: el término *malformación* definido por dicha obra como “1. Cualquier tipo de anomalía. 2.- Defecto morfológico de un órgano u otra región del cuerpo, como consecuencia de un proceso intrínsecamente anómalo del desarrollo” (Tomo II, p. 1289); el término *hereditario/a* que se define como aquello “que se transmite genéticamente de los progenitores a la descendencia”; y el término *contagioso* que se define como “capaz de transmitirse de un individuo a otros, como una enfermedad contagiosa, transmisible” (Tomo I, *cit.*, pp. 1024 y 483 respectivamente).

partes del cuerpo, de etiología en general conocida, que se manifiesta por síntomas y signos característicos y cuya evolución es más o menos previsible”⁵⁹.

Las anteriores no son las únicas definiciones existentes⁶⁰, ni coinciden en los mismos términos, pues según la disciplina médica desde la que se propongan dichas definiciones, encontraremos que hacen hincapié en aspectos distintos.

Como se observa, los expertos suelen definir la enfermedad en términos negativos como pérdida de la salud; sin embargo, parece que existe una corriente doctrinal que prefiere definir la enfermedad en términos más positivos, esto es, por lo que es en si misma, haciendo referencia a las causas que la producen, la forma en que se manifiesta y sus consecuencias⁶¹.

Dicho todo lo anterior en relación al concepto de salud y enfermedad, se plantea la cuestión de si se puede hablar de la salud del concebido no nacido, y de las enfermedades que le puedan afectar.

Como se observa, en la legislación precitada los conceptos y definiciones de salud y enfermedad vienen referidos a seres ya nacidos, haciendo incluso referencia específica a la infancia y a los menores. Por lo que toda la legislación de reconocimiento del derecho a la salud y de protección de a la misma parece referida únicamente a los seres ya nacidos.

No obstante, y como se ha indicado anteriormente, el TC ha reconocido que, aunque el concebido no es titular de ningún derecho a la salud (como derecho subjetivo

⁵⁹ Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas, Masson, 13ª ed., Reimpresión 1999.

⁶⁰ Así, por ejemplo, la definición de enfermedad en el Diccionario Médico Teide, Barcelona, 5ª edición revisada (Reimpresión 1978), es “el conjunto de de alteraciones (modificaciones) morfológico estructurales, o tan solo funcionales, producidas en un organismo por una causa morbígena externa o interna, contra la cual el organismo ofendido es capaz de oponer, por lo menos, un mínimo de defensa o reacción”.

⁶¹ Cfr. VILLANUEVA CAÑADAS, E., “Enfermedad”, en la *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T. I, (Dror. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, 2011, p. 733, quien estima que “a pesar de que el CIE-10 hable de trastornos y no de enfermedades, dicho término se debe mantener como una entidad que se caracteriza por estar producida por unos agentes o mecanismos propios, unos cuadros clínicos, expresados por una sintomatología que se puede vivenciar de un modo singular (...), que evoluciona de una manera determinada, que tiene unas alteraciones anatomoclínicas y humorales peculiares, con un pronóstico conocido y que responden a una acción terapéutica”.

ínsito en el derecho a la integridad física), sin embargo, como bien jurídico protegible que es el *nasciturus*, existe la obligación de preservar la vida y la salud del mismo⁶².

De dichas afirmaciones, pues, parece que hay que concluir, en consecuencia, que existe también la obligación de evitarle al nasciturus todo tipo de menoscabos a la integridad física y, por ende, a la salud del mismo (física o psíquica), y, por ello mismo, también cualquier tipo de enfermedad o malformación o deficiencia⁶³.

4.2.2. Breve referencia a las enfermedades y malformaciones transmisibles de padres a hijos durante la gestación, nacimiento o lactancia.

Sin pretender realizar una pormenorización exhaustiva, sino más bien enunciativa, dado que nos encontramos en el ámbito jurídico, parece conveniente hacer referencia a aquellas enfermedades que pueden afectar al concebido no nacido, con indicación específica de aquellas que son transmisibles, y, también a las medidas de prevención para poder evitar tal transmisión. Ello resulta importante para determinar la existencia o no de responsabilidad en los progenitores por haber producido daños corporales al hijo en razón de la transmisión de dichas enfermedades.

A) Clasificación de las enfermedades transmisibles de padres a hijos.

En la clasificación de estas enfermedades, se distingue entre enfermedad transmisible durante la gestación y malformación o enfermedad heredable durante el embarazo o propiciada durante la gestación (anomalías cromosómicas, defectos de un único gen, problemas multifactoriales, trastornos mitocondriales ligados al ADN, problemas teratogénicos, enfermedad transmisible o secuela ocasionada al neonato durante el parto y enfermedad transmisible mediante la lactancia)⁶⁴.

⁶² En el mismo sentido, ROMEO CASABONA, “La protección jurídica del concebido. El feto como paciente”, *cit.*, p. 445.

⁶³ Hay que recordar que el art. 4 de la *Declaración de los Derechos del niño* de 1959 reconocía el derecho al tratamiento incluso antes de su nacimiento, en los siguientes términos: “(...) Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal”.

⁶⁴ Esta clasificación se realiza en la Enciclopedia Médica MedlinePlus, sitio web de los Institutos Nacionales de la Salud para pacientes, familiares y amigos, producida por la Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos: <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/aboutmedlineplus.html>,

Entre las enfermedades que pueden afectar al feto porque las padezca la madre durante la gestación (bien porque puedan serle transmitidas, bien porque pueden desembocar en la muerte del feto o causarle secuelas), cabe distinguir: a) *Enfermedades transmisibles*⁶⁵ durante la gestación, que pueden transmitirse bien por la madre (Rubéola⁶⁶, Toxemia -conocida también como pre-eclampsia-⁶⁷, Infecciones urinarias⁶⁸, Hipertensión arterial⁶⁹, Toxoplasmosis⁷⁰, Varicela⁷¹, Placenta Previa⁷², Estreptococo grupo B⁷³, Diabetes gestacional⁷⁴, Cuello del útero incompetente⁷⁵, y Enfermedades de

obra de referencia que se incluye en la web de la OMS. Consúltese, además, la *Clasificación Internacional de Enfermedades*, 10ª revisión (CIE-10).

⁶⁵ COBREROS MENDAZONA, E., “Enfermedades transmisibles (jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T I, (Dr. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genóma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, 2011, pp. 753, señala que por enfermedad transmisible se entiende “aquella que reúne, acumuladamente, dos requisitos o características: la primera, que se trate de una enfermedad infecciosa y, la segunda, que tenga la posibilidad de ser contagiada a otros individuos (de la misma o distinta especie). Además aclara que “enfermedades infecciosas se consideran las que vienen originadas por un agente consistente en un virus, bacteria, hongo, protozoo, rickettsia, prión...”, y por contagiosas o transmisibles “las que pueden pasar o trasladarse desde un ser vivo a otro ser vivo; lo que puede suceder de forma directa (por contacto), de forma indirecta (por vehículos químicos, físicos o biológicos transmisores) o por un vector (otro ser vivo que permite la transmisión del agente infeccioso, como un insecto o un roedor). Aunque advierte que hay enfermedades infecciosas que no son transmisibles, pero que en determinadas circunstancias de tipo medioambiental pueden posibilitar su transmisión. Por otra parte observa que puede haber personas que no manifiesten la enfermedad, aunque pueden transmitir la enfermedad (los denominados portadores sanos).

⁶⁶ En esta enfermedad, si una mujer que no posee anticuerpos (ya que no está vacunada o no tuvo la enfermedad) contrae rubéola en el primer trimestre de embarazo, puede afectar severamente al concebido.

⁶⁷ La toxemia o pre-eclampsia se presenta después de la semana 20, y se caracteriza por hipertensión arterial materna, a la que se agregan alteraciones de la función renal, edemas y aparición de proteínas en la orina. Este cuadro pone en riesgo la vida de la madre y del feto.

⁶⁸ Las infecciones del sistema urinario (riñones, vejiga, uréteres y uretra), frecuentes entre las mujeres, son causadas por bacterias.

⁶⁹ Durante el embarazo, la presión arterial por encima de la normal puede causar problemas al feto.

⁷⁰ La toxoplasmosis se contagia a partir de las heces de los gatos o la carne de cerdo o cordero infectado. Cuando se contagia durante el embarazo afecta al feto. Si se localiza en el útero, aumenta el riesgo de aborto y de parto prematuro.

⁷¹ La varicela es una enfermedad provocada por el virus varicela-zoster que pertenece a la familia de los herpes-virus. Esta es una enfermedad muy contagiosa, por lo cual el 90% de los adultos la ha padecido en algún momento y tiene defensas de por vida. El virus se transmite al feto por vía respiratoria y también por vía sanguínea a través de la placenta, según el momento de la gestación en que se presente la infección por el virus.

⁷² Se denomina “placenta previa” a su implantación en la porción inferior del útero por delante de la cabeza del feto.

⁷³ La infección bacteriana común de estreptococo del grupo B (EGB) raras veces afecta gravemente a los adultos, pero puede ser mortal para los neonatos. Entre el 10 y el 30% de las mujeres embarazadas presentan la bacteria del EGB en la vagina o el recto, pero son muy pocos los niños nacidos de estas mujeres que llegan a padecer una infección.

⁷⁴ Se denomina diabetes gestacional a la que aparece o se diagnostica durante el embarazo. Generalmente, se presenta alrededor de la semana 20 de gestación. La diabetes gestacional puede provocar abortos espontáneos, mortalidad perinatal, alto peso al nacer, parto prematuro, etc.

⁷⁵ Cuando a una mujer se le diagnostica esta incompetencia cervical, se le indica una intervención llamada cerclaje uterino, que es un procedimiento quirúrgico que tiene como finalidad reforzar el cuello del útero

transmisión sexual: Clamidia⁷⁶, HPV⁷⁷, Gonorrea⁷⁸, Hepatitis B⁷⁹, Sífilis⁸⁰, Herpes genital⁸¹, y VIH/SIDA⁸²); bien por el padre (quien también puede padecer la rubéola o la varicela mientras su cónyuge o pareja está gestando, con los mismos inconvenientes y tratamientos); o bien por los dos progenitores, derivadas de las relaciones sexuales; y b) *Malformaciones o enfermedades heredables* durante la gestación o propiciadas durante la misma.

Como se observa, en esta clasificación se distingue entre enfermedad trasmisible y enfermedad heredable; la diferencia fundamental es que la enfermedad heredable tiene relación con el cuadro genético de la persona y la enfermedad trasmisible no⁸³.

mediante la colocación de una sutura, con el fin de impedir su dilatación. Habitualmente se practica en la semana 14 de gestación bajo anestesia, y no requiere que la embarazada quede internada más de algunas horas. El hecho de que una embarazada tenga realizado un cerclaje no contraindica en absoluto que pueda tener un parto normal. El cerclaje se puede realizar en el consultorio, sin anestesia y cuando el bebé se encuentra en término. En el caso de indicarse una cesárea por otro motivo, el cerclaje puede quitarse directamente en el quirófano.

⁷⁶ La Clamidia es una enfermedad bacteriana infecciosa que se contrae a través del contacto sexual (vaginal, anal u oral), que puede producir nacimientos prematuros. El feto puede infectarse durante el embarazo o el parto, pudiendo sufrir daños en los ojos o contraer neumonía.

⁷⁷ Las Verrugas Genitales o Virus del Papiloma Humano (VPH) es un grupo de más de 20 virus, los cuales se contraen a través de las relaciones sexuales (vaginal, anal u oral).

⁷⁸ La Gonorrea es una infección bacteriana que se transmite por contacto sexual (vaginal, anal u oral).

⁷⁹ La Hepatitis B es un virus que se contrae a través del contacto sexual (vaginal, anal u oral), por uso de drogas por vía parenteral, por utilización de instrumentos contaminados para hacerse tatuajes o huecos en partes del cuerpo para aretes o anillos y cuando se entra en contacto con productos provenientes de la sangre que estén contaminados.

⁸⁰ La sífilis es una infección bacteriana que se transmite a través de contacto directo con las ulceraciones o llagas de una persona infectada, generalmente a través del contacto sexual (vaginal, anal, u oral).

⁸¹ El Herpes Simplex, Tipo 2 (o herpes genital) es un virus que se transmite a través del contacto sexual con un área infectada (vaginal, oral o anal).

⁸² El VIH/SIDA es un virus que se transmite a través del contacto sexual (vaginal, anal u oral) con una persona infectada, por uso de drogas por vía parenteral, por contacto con instrumentos contaminados que se usan para tatuajes o para hacer huecos en las orejas o el cuerpo para aretes o anillos, o a través de contacto con sangre o productos hemoderivados infectados.

⁸³ TEJADA MINGUEZ, I., “Enfermedades hereditarias (técnico)” *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T. II, (Dr. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, 2011, pp. 749-780, señala que se entiende por enfermedades hereditarias “un grupo heterogéneo de afecciones que son transmitidas de padres a hijos y que en su etiología presentan un significativo componente genético”, observando que las enfermedades hereditarias son transmisibles (pero no todas las enfermedades transmisibles son hereditarias, como, por ejemplo, ciertas enfermedades infecciosas que son transmisibles de la madre al hijo) y que asimismo las enfermedades hereditarias son enfermedades genéticas (pero no todas las enfermedades genéticas son hereditarias, como, por ejemplo, los cánceres que son genéticos pero no se transmiten a la descendencia, salvo algunos), por lo que concluye que las enfermedades hereditarias son “aquellas enfermedades transmisibles y genéticas en las que la causa original se encuentra en uno o dos de los gametos o células reproductoras de los progenitores (espermatozoide y óvulo) y por lo tanto en el cigoto formado por la unión de ellos”.

Por lo que se refiere a las enfermedades y malformaciones heredables por el feto hay que señalar que el desarrollo de los rasgos (tanto normales como anormales) de los organismos es resultado de una interacción de grado variable entre la información genética contenida en el ADN, por un lado, y los factores ambientales que actúan sobre el organismo, por el otro⁸⁴. Por tanto, en multitud de circunstancias nos encontraremos ante lo que la OMS define como factores de riesgo⁸⁵.

Partiendo de la anterior premisa, la doctrina científico-médica distingue tres tipos principales de enfermedades genéticas⁸⁶:

a) Enfermedades (o rasgos) monogénicas⁸⁷, con herencia mendeliana mas o menos regular, como, por ejemplo, la hemofilia, la talasemia y la acondroplasia, entre otras (con una incidencia de 1:10.000 entre los recién nacidos).

b) Enfermedades o (rasgos) de herencia multifactorial, con frecuencia poligénicas y a veces monogénicas, con un componente ambiental significativo, como el paladar hendido, entre otras (con una incidencia muy frecuente).

c) Enfermedades de origen cromosómico, no heredables. En este caso, cada individuo ha recibido un conjunto de cromosomas de su padre y de su madre, exactamente 23 de cada uno que se combinan de una determinada forma para generar el ADN del nuevo individuo. El cromosoma número uno del padre y el número uno de la madre normalmente tienen una forma idéntica y el individuo es considerado homocigota

⁸⁴ Cfr., entre otros, JUAN SOLARI, A., *Genética Humana. Fundamentos y aplicaciones en Medicina*, 3ª ed. Reimp., Buenos Aires: Editorial Médica Panamericana, 2007, pp. 175 y ss.

⁸⁵ Factor de riesgo según la OMS es: “Todo carácter o circunstancia determinable de una persona o grupo de personas que, según los conocimientos que se poseen esta asociado a un riesgo anormal de aparición o evolución de un proceso patológico o de afección especialmente desfavorable de tal proceso” (Web de la OMS, http://www.who.int/topics/risk_factors/es/).

⁸⁶ Véase TEJADA MÍNGUEZ, *ob. cit.*, pp. 750-752.

⁸⁷ Las enfermedades hereditarias monogénicas son aquellas producidas por alteraciones en la secuencia de ADN de un solo gen. Los genes son pequeños segmentos de ADN. Están dispuestos en orden en los cromosomas, dentro del núcleo de las células. Cada célula tiene 23 pares de cromosomas; dos de ellos, el X y el Y, son los cromosomas sexuales y determinan el sexo; el resto de cromosomas se llaman autosómicos. Todos los genes sirven de patrón para la producción de diferentes proteínas y juntos proporcionan la información necesaria para estructurar el cuerpo y sus funciones. Cuando uno de ellos es anormal, puede producir una proteína anormal o en cantidades anormales que altere estas funciones. No siempre los rasgos anormales heredados tienen consecuencias para la salud; a veces las consecuencias son mínimas, pero también pueden producir alteraciones que lleven a una disminución importante en la calidad de vida. Las enfermedades hereditarias afectan al 1-2% de la población general.

para ese gen (homocigóticos). Pero puede ocurrir que el gen que ocupa un locus en un cromosoma no sea el mismo que ocupa en el cromosoma homólogo (heterocigóticos), y dicho gen se puede expresar en el individuo resultante como el del padre como el de la madre o mezclado (cada variante de ese gen es denominada alelo). Los alelos pueden ser dominantes, recesivos o codominantes.

En resumen, las enfermedades originadas en el material genético, se clasifican en tres grupos pero solo dos (las nomogénicas y las de herencia multifactorial) son considerables heredables.

De conformidad con las anteriores premisas, sucintamente se pueden agrupar en la siguiente clasificación: a) Anomalías cromosómicas, b) Defectos de un único gen, c) Problemas multifactoriales, d) Trastornos mitocondriales ligados al ADN, y e) Problemas teratogénicos

a) Anomalías cromosómicas.

Las anomalías cromosómicas del hijo pueden ser heredadas de los padres o pueden aparecer sin que haya antecedentes familiares. El defecto se debe a un exceso o falta de genes contenidos en todo un cromosoma o en un segmento de un cromosoma.

b) Defectos de un único gen.

Las enfermedades nomogénicas⁸⁸ también se conocen como trastornos hereditarios mendelianos debido al primer trabajo en genética de Gregor Mendel. En estos trastornos, un solo gen es responsable de un defecto o anomalía. Los trastornos de un único gen normalmente tienen mayores riesgos de ser heredados, se clasifican a su vez en:

⁸⁸ Cfr. NUSSBAUM, R. L., MCINNES, R. R., WILLARD, H. F., HAMOSH, A., *Genética en Medicina*, concretamente el Capítulo 7 “Patrones de herencia nomogénica”, Editorial Elsevier Masson, 7ª ed., 2008, pp. 118 ss.

1) Nomogénicas recesivas⁸⁹. En este caso sólo los individuos que hereden las dos copias del gen afectado (materna y paterna) heredarán la enfermedad. Los individuos con un solo gen afectado serán portadores de la enfermedad, pero no la expresarán. Los padres de una persona afectada pueden no manifestar la enfermedad. Los hombres y las mujeres tienen las mismas probabilidades de resultar afectados. Para que un hijo tenga los síntomas de un trastorno autosómico recesivo, debe recibir el gen defectuoso de ambos padres. Debido a que la mayoría de los trastornos recesivos son raros, un niño tiene mayor riesgo de una enfermedad recesiva si los padres tienen lazos de consanguinidad. Los parientes tienen una probabilidad más alta de haber heredado el mismo gen raro de un ancestro común.

2) Dominante ligada al cromosoma X. Los caracteres dominantes ligados al cromosoma X son poco frecuentes. Se manifiestan en las mujeres que tienen una mutación en una de las dos copias del gen en el cromosoma X, y en los hombres que presentan el gen mutado en el único cromosoma X que tienen. Tanto los hijos como las hijas de una madre afectada tienen un cincuenta por ciento de probabilidades de estar afectados, aunque la manifestación de la enfermedad es generalmente más leve en mujeres que en varones. Los varones afectados sólo transmiten la enfermedad a sus hijas; sus hijos serán sanos dado que los hombres le pasan el cromosoma Y a sus hijos; los hombres afectados no tendrán hijos varones afectados, pero todas sus hijas sí resultarán afectadas. Ejemplo de estos casos lo constituye el raquitismo hipofosfatémico, también denominado raquitismo resistente a la vitamina D⁹⁰.

3) Recesivo ligado al cromosoma X. En estos casos, aunque la mujer sea portadora de un gen anómalo, no padecerá la enfermedad, porque el cromosoma X normal compensará la anomalía. En cambio, cualquier varón que reciba el cromosoma X anómalo sufrirá la enfermedad. Cada hijo varón nacido de una mujer portadora de una enfermedad recesiva ligada al cromosoma X tiene un cincuenta por ciento de probabilidades de heredar el gen defectuoso y por tanto de desarrollar la enfermedad. Cada una de las hijas tendrá un cincuenta por ciento de probabilidades de heredar el gen defectuoso y ser portadora de la enfermedad. Las portadoras generalmente no presentan

⁸⁹ Cfr. JUAN SOLARI, *ob. cit.*, pág. 198.

⁹⁰ Así, FEERO, W. G., ZAZOVE, P., STEVENS, N. G., “Clinical genetics (genomics)”, en Rakel RE, ed., *Textbook of Family Medicine*, 8th ed. Philadelphia, Pa: Saunders Elsevier, 2011 (Capítulo 44).

síntomas de la enfermedad, pero pueden tener un hijo afectado. Un hombre afectado por una enfermedad ligada al cromosoma X no puede transmitir la enfermedad a sus hijos varones, porque les aporta el cromosoma Y, pero se lo transmitirá a todas sus hijas, que serán portadoras. Ejemplo de estos casos lo constituyen la distrofia muscular de Duchenne (enfermedad de debilidad y desgaste muscular), y la hemofilia (trastorno hemorrágico causado por bajos niveles, o ausencia de una proteína de la sangre que es esencial para la coagulación).

4) Herencia ligada al cromosoma Y. En este caso sólo los varones padecerán una enfermedad ligada al cromosoma Y. Por lo tanto, un varón afectado transmitirá la enfermedad a todos sus hijos, pero a ninguna de sus hijas. Este tipo de herencia es muy poco frecuente.

c) Problemas multifactoriales.

Algunos defectos congénitos no siguen el patrón de un único gen ni de anomalía cromosómica sino que se deben a varios problemas, o al efecto combinado de los genes y el ambiente. Es difícil predecir la herencia de anomalías causadas por factores múltiples. Algunos ejemplos son los defectos cardíacos, el labio leporino o el paladar hendido y los defectos del tubo neural (defectos en la columna o en el cerebro). Muchas de las enfermedades más comunes implican interacciones de algunos genes y el ambiente (por ejemplo, enfermedades en la madre y medicamentos). Éstas abarcan: cáncer, cardiopatía coronaria, hipertensión, accidente cerebrovascular.

d) Trastornos mitocondriales ligados al ADN.

Las mitocondrias son pequeños organismos presentes en la mayoría de las células del cuerpo y son responsables de la producción de energía dentro de éstas. Las mitocondrias contienen su propio ADN privado. En los últimos años, se ha demostrado que más de sesenta trastornos hereditarios resultan de cambios (mutaciones) en el ADN mitocondrial. Dado que las mitocondrias provienen sólo del óvulo, la mayoría de los trastornos relacionados con ellas se heredan únicamente de la madre. Los trastornos mitocondriales pueden aparecer a cualquier edad y tienen una amplia variedad de síntomas y signos. Estos trastornos pueden causar ceguera, retraso en el desarrollo,

problemas gastrointestinales, hipoacusia, problemas del ritmo cardíaco, alteraciones metabólicas y baja estatura.

e) Problemas teratogénicos.

Se sabe que ciertas sustancias producen anomalías en los hijos. Muchos defectos congénitos se producen cuando el feto es expuesto a teratógenos (sustancias que causan anomalías) durante el primer trimestre del embarazo, cuando los órganos están en formación. Algunos teratógenos conocidos, entre otros, son algunos medicamentos tomados durante el embarazo, el alcohol, exposición a altos niveles de radiación, el plomo, determinadas infecciones (como la rubéola). Estas anomalías sólo las pueden transmitir las madres.

B) Medidas para evitar la transmisión de enfermedades y malformaciones por parte de los progenitores a los hijos.

1) Enfermedades transmisibles durante la gestación.

En lo referente a las enfermedades transmisibles, la primera premisa para los progenitores a fin de impedir la transmisión de su enfermedad al hijo es evitar situaciones de riesgo en la medida de lo posible para que éstos no resulten infectados.

Esta finalidad se puede conseguir a través de la utilización de los siguientes métodos:

a) A través de controles previos y utilización de medidas de prevención, o tratamientos adecuados, se pueden evitar las siguientes enfermedades:

1. Toxemia o pre-eclampsia. Esta enfermedad se puede evitar a través de un estricto control prenatal y del tratamiento adecuado de la pre-eclampsia.

2. Toxoplasmosis. La forma de prevenirla es evitando el contacto con heces de gato y prescindir de comer carne de cerdo o cordero que no esté bien cocida. No obstante, puede detectarse con un análisis de sangre al comienzo del embarazo.

3. Varicela. El cuadro más grave de la enfermedad ocurre cuando la infección materna por varicela se da entre los 5 días previos al parto y 2 días luego del nacimiento. En estos casos, el feto queda expuesto al virus porque no ha tenido tiempo de recibir las defensas (anticuerpos generados por la madre) antes del parto. Debido a que la varicela es de transmisión aérea y muy contagiosa incluso antes de que aparezca la erupción, es difícil de evitar. La vacuna generalmente previene la varicela por completo o hace que la enfermedad sea muy leve.

4. Placenta previa. Fundamentalmente se previene con reposo.

5. Estreptococo grupo B. Para prevenir la mayoría de los casos de infecciones tempranas de EGB en neonatos se puede realizar una prueba diagnóstica que consiste en un cultivo vaginal y anal.

6. Diabetes gestacional. Deben ser controladas durante las semanas 24 y 28 mediante un análisis de glucosa en sangre.

7. La Clamidia. Se puede prevenir con controles y utilización de preservativos.

b) A través de tratamientos adecuados se puede intentar evitar la transmisión de las siguientes enfermedades:

1. Rubéola. Se puede transmitir al feto y al recién nacido. En el caso de no ser inmune, es importante evitar el contacto con personas que tengan rubéola y vacunar a los otros hijos o niños con los cuales se pueda estar en contacto; sin embargo, no se puede vacunar a las mujeres embarazadas.

2. Infecciones urinarias. Se tratan con antibióticos y otros medicamentos ya que pueden complicar el embarazo.

3. Las Verrugas Genitales o Virus del Papiloma Humano (VPH)). Se pueden tratar a través de terapia con químicos, congelamiento, rayo láser o cirugía. Aumenta el riesgo de cáncer cervical o genital. Durante el embarazo, las verrugas pueden crecer y obstruir el canal de nacimiento, lo que hará necesaria una cesárea. El niño las puede contraer durante el parto y desarrollar verrugas en la garganta, lo cual obstruirá el paso

del aire por la garganta (se necesita remover las verrugas quirúrgicamente). Actualmente se ha desarrollado una vacuna, que se aplica con ciertas limitaciones⁹¹

4. La Gonorrea. Tratamiento preventivo, preservativos y antibióticos.

5. La Hepatitis B. Tratamiento preventivo, preservativos y antibióticos.

6. La sífilis. Tratamiento con antibióticos.

7. El Herpes Simplex. Tratamiento antibiótico. No existe cura. Aumenta el riesgo de nacimientos prematuros. Si existen ulceraciones, se debe hacer cesárea para prevenir la infección al niño.

8. En la infección por VIH/SIDA, tanto la madre como el padre pueden transmitir dicha infección. El padre, a través de la fecundación o durante el embarazo de la madre; y la madre durante el embarazo, en el momento del parto o durante la lactancia materna. Para evitar la infección hay que utilizar como medidas profilácticas el preservativo masculino o femenino, la realización de pruebas de detección y asesoramiento en relación con el VIH y las ITS, la profilaxis preexposición para la pareja VIH-negativa, la profilaxis postexposicionales en caso de haber estado en contacto con el virus (protocolo con antirretrovirales), y a través de la reducción de daños en los consumidores de drogas inyectables. En cuanto a la eliminación de la transmisión del VIH de la madre al niño, se recomienda la administración, tanto a la madre como a su hijo, de antirretrovíricos durante el embarazo, el parto y el puerperio, y el parto mediante cesárea, así como lactancia artificial; en este caso, cabe también el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida si el padre fuera el portador⁹².

c) Mediante la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida.

La reproducción asistida comprende el conjunto de técnicas que ayudan a la reproducción humana en casos en los que existen problemas de esterilidad en alguno o en ambos miembros de una pareja, matrimonial o extramatrimonial, o en los casos en que existe peligro de contagio o transmisión de alguna enfermedad conocida y hereditaria padecida por alguno de los progenitores al feto. De hecho, en la *Ley 14/2006, de 26 de*

⁹¹ Véase *Virus del Papiloma Humano: Información sobre el VPH para los médicos*, Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC), agosto de 2007 (el documento puede encontrarse en la página web del Ministerio de Sanidad <https://www.minsalud.gov.co/salud/Documents>).

⁹² Pueden verse estas recomendaciones en la página web de la OMS: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs360/es/>

mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, el art. 1.1, b) señala que se pueden utilizar estas técnicas en “la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético”⁹³.

Cabe recordar que esta Ley reconoce en su Anexo las siguientes técnicas: Inseminación artificial (IA); Fecundación in Vitro (FIV) e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones, y la transferencia intratubárica de gametos.

Por otra parte, el art. 12 de la Ley permite el Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP), que es una técnica que se lleva a cabo durante un ciclo de fecundación *in vitro* (FIV) y que permite detectar alteraciones de un embrión antes de su implantación en el útero de la paciente⁹⁴. El objetivo de esta técnica es asegurar que el futuro niño esté sano y se acabe con la transmisión de una patología⁹⁵.

⁹³ En la Exposición de Motivos de la Ley se dice que “se ha producido una evolución notable en la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en su vertiente de solución de los problemas de esterilidad, al extender también su ámbito de actuación al desarrollo de otras complementarias para permitir evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo” (apartado II, párrafo tercero).

⁹⁴ También se denomina diagnóstico genético preimplantatorio o preanidatorio, y se define como “la aproximación al diagnóstico de un defecto genético mediante la biopsia y análisis *in vitro*, de un corpúsculo polar, o de un blastocisto o de un blastómero, con el objetivo de prevenir trastornos genéticos en parejas con riesgo de tener una descendencia afectada por una enfermedad genética, seguida de un proceso de fertilización *in vitro*”. Véase EMALDI CIRIÓN, A., “Diagnóstico preimplantatorio (jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T I, a-h (Dtor. C. M^a. Romeo Casabona), Bilbao-Granada: Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Granada: Ed. Comares, 2011, pp. 630-641.

⁹⁵ El citado art. 12.1 permite que los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para: “a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectados para su transferencia.- b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión”. Estableciendo en su núm. 2 que “La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones *in vitro* con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso”. En la propia Exposición de Motivos, apartado II, se señala que esta técnica “abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento y a la posibilidad de seleccionar preembriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo”.

En el ámbito de la transmisión de enfermedades o malformaciones las técnicas de reproducción asistida se utilizan fundamentalmente para descartar la sífilis, la hepatitis B, la hepatitis C y el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH)⁹⁶.

En cuanto a la sífilis, tanto si se trata de una mujer como de un varón, se aplica tratamiento con Penicilina G y esperar de 3 a 12 meses, dependiendo de la fase de la enfermedad, para la realización de cualquier TRA.

En el caso del VHB, si la infección la padece la mujer tendrá que someterse a un tratamiento previo a la gestación o al tratamiento de fertilidad, hasta disminuir la carga viral. Al recién nacido se le aplicará la vacuna frente a la Hepatitis B así como la gammaglobulina. También se aconseja la vacunación de la pareja. Si la infección la padece el varón, sólo se precisa la vacunación de la pareja y realizar el tratamiento cuando el nivel de anticuerpos sea adecuado.

En el caso de VHC, si se trata de una mujer, se le aplica un tratamiento previo a la gestación o TRA para disminuir la carga viral, y si se trata de un varón se precisa realizar un lavado seminal y posterior ICSI.

En el caso del VIH/SIDA, si la mujer es la portadora de la enfermedad infecciosa, dependerá del estado de la enfermedad y de la carga viral en sangre para poder realizar las técnicas de reproducción asistida. La paciente tendrá que someterse a un tratamiento antirretroviral hasta conseguir una carga viral indetectable y un nivel de linfocitos CD4 > 200/mm³. En estas circunstancias y con las medidas para disminuir la transmisión vertical (cesárea electiva, antirretrovirales intraparto y lactancia artificial) dicho riesgo es inferior al 1%. Por el contrario, si el portador es el varón, se realizan lavados seminales, congelación del semen y tratamiento de Fecundación in Vitro con microinyección de espermatozoides libres del agente infeccioso, independientemente de la carga viral en sangre y aunque ésta sea indetectable.

⁹⁶ En ausencia de la aplicación de estas técnicas, el riesgo de transmisión vertical es del 20-90% dependiendo de la fase en la que se encuentre la replicación viral, en la Hepatitis B; para la Hepatitis C, el riesgo de transmisión vertical varía entre < 1% si la carga viral es < 10 4 copias/ml hasta 36% si dicha carga es > 10 6 copias/ml; para el VIH, el riesgo de transmisión vertical es del 15-20%. En ausencia de diagnóstico y tratamiento precoz de la sífilis, sólo nacerán sanos el 20% de los fetos.

d) A través del diagnóstico prenatal.

Durante el crecimiento del feto pueden desarrollarse malformaciones que impidan la viabilidad del mismo a la hora del nacimiento debido a su gravedad, o que condicionen su posterior vida extrauterina. Con la finalidad de poner en conocimiento de los padres información precisa con respecto al porcentaje de posibilidades de tener hijos sanos se realizan las pruebas de diagnóstico prenatal a la madre gestante⁹⁷.

El diagnóstico prenatal se inició en 1996 cuando Steele y Breg demostraron que era posible determinar la constitución cromosómica de un feto mediante el análisis de las células del líquido amniótico de cultivo. Los expertos definen el diagnóstico prenatal como una técnica diagnóstica a través de la cual se puede detectar la presencia de una enfermedad o una malformación en el feto, e incluso predecir el sexo del mismo y descubrir enfermedades hereditarias⁹⁸.

Dicho diagnóstico pueden solicitarlo parejas que son conscientes a través de sus árboles genealógicos de tener un alto riesgo elevado de tener algún hijo con un trastorno genético específico. O incluso en otras ocasiones se puede solicitar debido únicamente a la elevada edad de la madre.

Las pruebas se distinguen entre invasivas y no invasivas⁹⁹. Las pruebas prenatales para detectar este tipo de problemas en el feto son, entre otras, la utilización de ecografías (ondas sonoras para observar las estructuras internas); el muestreo de vellosidades coriónicas (examinar los tejidos que rodean al feto), y la amniocentesis

⁹⁷ En el *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, de 1997, el art. 12, que se refiere a la Pruebas genéticas predictivas, establece que “Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado”. Ha de observarse que el Convenio subraya la necesidad de que estas pruebas vayan acompañadas de un “asesoramiento genético apropiado”.

⁹⁸ Véase por todos, CARRERA, J.M., et alii, *Diagnóstico prenatal*, Instituto Dexeus, Barcelona: Ed. Salvat, 1987, pp. 1 ss.

⁹⁹ Las pruebas invasivas son: amniocentesis, biopsia de las vellosidades coriónicas, cordocentesis, y diagnóstico genético preimplantacional. Por su parte las pruebas no invasivas consisten en revisar la concentración del alfa-fetoproteína en el suero materno, ecografía, y asilamiento de las células fetales a partir de la circulación materna. Cfr. NUSSBAUM, MCINNES, WILLARD, HAMOSH, *ob. cit.*, p. 441.

(tomar una muestra del líquido amniótico). En la actualidad se realizan pruebas no invasivas a la madres independientemente de su edad.

La finalidad de estas pruebas es poner en conocimiento de los padres la información precisa de que se disponga con respecto al porcentaje de posibilidades de tener conjuntamente hijos sanos¹⁰⁰, pudiendo hasta parejas de alto riesgo tener descendencia sana gracias a las mismas o, por el contrario, elegir no tener descendencia con estas malformaciones acudiendo a la interrupción voluntaria del embarazo si fuera necesaria¹⁰¹.

¹⁰⁰ La falta de la utilización de estas pruebas, con nacimiento posterior de hijo con enfermedades o malformaciones, ha dado lugar al planteamiento de demandas por responsabilidad civil contra las administraciones sanitarias, muchas de ellas con resultado favorable para los progenitores. Así, STS, Sala de lo civil, de 21 de diciembre de 2005 (RJ 2005\10149), en la que se trató el caso de un diagnóstico genético no informado a la gestante, que determinó culpa negligente con causa en la omisión de información a la interesada que afectó a su autonomía personal para decidir sobre intervención de aborto, y en la que se condena al Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma, y solidariamente a la compañía aseguradora, al pago de 54.000.000 de pesetas, por no informar a la paciente sobre el riesgo de síndrome de Down conocido por el equipo médico en el diagnóstico, dato que no fue suministrado a la interesada, porque se trataba de "una sola célula presumiblemente anormal por la presencia de un cromosoma extra, dudosamente del grupo G, y observado únicamente en uno de los portas"; STS, Sala de lo civil, 18 de diciembre de 2003 (RJ 2003\9302), en la que se apreció responsabilidad civil solidaria por negligencia grave de varios ecografistas al no diagnosticar taras detectables en el feto, estableciendo indemnización para uno de ellos de 45.000.000 de pesetas, y para los otros dos a desembolsar 15.000.000 de pesetas con carácter solidario; STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de febrero de 2006, en la que se trató de una falta de diagnóstico de acondroplasia que determinó la pérdida de decisión debido al retraso ecográfico, y se condenó a indemnizar a la madre con 62.000 € por el daño moral ocasionado a la gestante; STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de enero de 2006, en la que, a pesar de la ecografía realizada, faltó la amniocentesis, por lo que nació una niña con síndrome de Down, y en la que se condenó al Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma a indemnizar con la cantidad de 360.608 € por esa falta de seguimiento ecográfico adecuado que impidió realizar pruebas específicas para detectar dicho síndrome. **DE VERD PARTO?**

¹⁰¹ Señala VIDAL MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 22, que "La práctica del diagnóstico de la salud del feto suscita delicadas cuestiones de responsabilidad en casos de negligencia médica, dando lugar en aquellos países que legalizan la práctica del aborto asistido a las acciones judiciales de 'nacimiento equivocado' o 'vida equivocada', de difícil encaje desde una perspectiva ética y jurídica", y así lo subrayan las sentencias citadas posteriormente por este autor. Véase sobre esta materia, entre otros, BELLVER CAPELLA, V., "El consejo genético prenatal: derecho y buenas prácticas", en *Hacia una nueva medicina. Consejo genético* (Ed. Romeo Casabona), Cátedra Derecho y Genoma Humano, 2014, pp. 49-92; DE VERDA BEAMONTE, J.R., CHAPARRO MATAMOROS, P., "Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano", *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (Coord. J. R. De Verda y Beamonte), *Monografías asociadas a la Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28. Cizur Menor, Navarra, España: Ed. Aranzadi, 2012; EMALDI CIRIÓN, A., "Diagnóstico prenatal (jurídico)", en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo I, a-h (Dtor. C. M^a. Romeo Casabona), Bilbao-Granada: Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, 2011, pp. 641-651; ROMEO CASABONA, C. M^a., "El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico-penales", *La Ley*, núm. 1751, 1987, pp. 5 ss; USANDIZAGA, J. A., "Consejo genético y diagnóstico prenatal: problemas éticos", *Dilemas éticos de la Medicina actual*, Madrid, 1986, pp. 301 ss; VIDAL MARTÍNEZ, J., "Consejo genético en diagnóstico prenatal", *Hacia una nueva*

En cuanto a las enfermedades o malformaciones catalogadas en los apartados anteriores como “heredables” presentan un sustrato común: el modo en el que se hereda el trastorno puede ayudar a determinar los riesgos de transmitirlos en un embarazo y el riesgo de que vuelva a ocurrir en futuros hijos. Los riesgos de tener un niño con un defecto congénito debido a una anomalía genética se pueden detectar cuando los padres tienen otro hijo con un trastorno genético, existen antecedentes familiares de trastornos genéticos, uno de los padres tiene una anomalía cromosómica, y el feto presenta anomalías que aparecen en la ecografía.

2) Enfermedades transmisibles durante el parto.

Durante el parto se pueden transmitir las siguientes enfermedades de la madre si no han sido debidamente diagnosticadas y tratadas durante la gestación: la rubéola, la varicela, el estreptococo grupo B, la clamidia, las verrugas genitales, la gonorrea, el herpes simplex tipo 2, y el VIH/SIDA.

3. Enfermedades transmisibles durante la lactancia.

En la situación de madre sana e hijo sano, es indubitado que la mejor alimentación durante los primeros seis meses de vida del niño es la lactancia materna¹⁰². Los beneficios de esta práctica están fuera de toda duda en el momento actual; son numerosos los estudios en cualquier ámbito pediátrico y sanitario que avalan la lactancia materna como alimentación exclusiva en este periodo, y hay evidencias científicas que subrayan la protección que dicha práctica genera tanto en el recién

medicina. Consejo genético, (Ed. C. M^a. Romeo Casabona), Cátedra Derecho y Genoma Humano, 2014, pp. 93-152.

¹⁰² Así, FERNÁNDEZ, R., MARTÍN, F. J., “Promoción de la lactancia materna: una experiencia de intervención comunitaria y coordinación entre niveles”, *Index de Enfermería*, 1998, 7(22), pp. 20-5; EISENBERG, A., MURKOFF, H. E., HATHAWAY, S. E., *Qué se puede esperar cuando se está esperando*, Barcelona: Ediciones Medici, 1999; COMITÉ DE LACTANCIA MATERNA DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, “Informe técnico sobre la lactancia materna en España”, *Anales Españoles de Pediatría*, 1999, 50 (4), pp. 333-400; HOSTALOT ABÁS, A. M., SORNÍ HUBRECHT, A., JOVANÍ RODA, L., ROSAL ROIG, J., MERCÉ GRATACÒS, J., IGLESIAS NIUBÓ, J., *et alii*, “Lactancia materna en el sur de Cataluña. Estudio de los factores socioculturales y sanitarios que influyen en su elección y mantenimiento”, *Anales Españoles de Pediatría*, 2001, 54 (3), pp. 297-302.

nacido como en la madre¹⁰³. Éste es también el parecer de la OMS y de la UNICEF, por señalar organismos internacionales de referencia en el mundo de la salud y de la protección a la infancia¹⁰⁴. De modo que en la actualidad se están llevando a cabo todo tipo de iniciativas para promover y promocionar la lactancia materna¹⁰⁵.

En esta situación parece conveniente establecer si esa lactancia es compatible con las posibles enfermedades que padezca la madre y con las contraindicaciones que pueda tener para el recién nacido. Pues la existencia de enfermedades que pueden transmitirse a través de la lactancia podría engendrar responsabilidad en la madre.

¹⁰³ En cuanto a las ventajas que supone la lactancia materna para el recién nacido, se ha señalado que le proporciona al mismo todos los elementos nutritivos que necesita durante los 4-6 primeros meses de vida, favorece su crecimiento, su maduración y promueve su salud; asimismo, muchos de los componentes de la misma se encargan de protegerle mientras su sistema inmunitario completa su desarrollo; y se ha comprobado que los niños amamantados tienen menos infecciones gastrointestinales, respiratorias y urinarias, y son, además, menos proclives a padecer otitis, y existen datos que apuntan a una menor incidencia de obesidad y de diabetes mellitus en la infancia. En relación a la madre, se ha comprobado que la lactancia materna acelera la recuperación y la involución uterina, y, además, reduce sustancialmente el riesgo de cáncer de mama y de ovario. Por último, en cuanto a ventajas que la lactancia materna puede aportar a la sociedad, se ha comprobado que en el mundo en desarrollo, los niños alimentados con leche materna tienen un riesgo de muerte entre 10 y 15 veces menor que los alimentados con leche de fórmula, durante los 3-4 primeros meses de vida, y, por otra parte, se ha señalado que la disminución de las enfermedades en la infancia disminuye a su vez el gasto sanitario; y también que el menor uso de recursos para el almacenamiento y conservación de los sucedáneos de la leche o del caucho para las tetinas permiten proteger y conservar los recursos naturales. Véase *La lactancia materna*, en la página web de UNICEF http://www.unicef.org/spanish/nutrition/index_24824.html. Y también BARRIUSO, L., MIGUEL, M., SÁNCHEZ, M., “Lactancia materna: factor de salud. Recuerdo histórico Maternal”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 30, núm. 3, Pamplona, 2007, pp. 383-391.

¹⁰⁴ Véase OMS-UNICEF, *Protección, promoción y apoyo de la lactancia natural: la función especial de los servicios de maternidad*, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 1989, y UNICEF-OMS, *Estrategia mundial: la lactancia materna, fundamental para la supervivencia infantil*, Nueva York, 23 de marzo 2004.

¹⁰⁵ En la Comunidad Valenciana se está realizando uno de los proyectos más punteros en esta materia en el Centro de Salud de la Fuente de San Luis, a cargo de un equipo a cuyo frente se encuentra Maite Hernández Aguilar, pediatra y miembro del Comité de Lactancia Materna, y Cintia Borja, enfermera pediátrica. Véanse el desarrollo de dicha iniciativa en HERNÁNDEZ AGUILAR, M., AGUADO MALDONADO, J., “Como promover ya apoyar la lactancia materna en la práctica pediátrica. Recomendaciones del Comité de Lactancia de la AEP”, *Anales de pediatría* (Barcelona), 63 (4), 2005, pp. 340-356; HERNÁNDEZ AGUILAR, M., MUÑOZ GUILLÉN, B.A., LASARTE VELILLASC, J.J., GARCÍA VERAD, C., DÍAZ MARIJUANE, C., MARTÍN CALAMAF, J., “La lactancia materna en la Comunidad Valenciana. Análisis multivariante de una encuesta a 6.400 lactantes”, *Revista de Pediatría de Atención Primaria*, 2004 (6), pp. 19-37; HERNÁNDEZ AGUILAR, M. T., et alii, Grupo de trabajo CS-IHAN, “Centros de Salud IHAN (Iniciativa de Humanización de la Atención al Nacimiento y la Lactancia): Una garantía de calidad”, *Revista Pediatría Atención Primaria*, vol. 11, núm. 43, Madrid, julio-sept 2009.

Se ha señalado que “la gran mayoría de los procesos de enfermedad materna son compatibles con la lactancia que se ha demostrado beneficiosa en muchos de ellos tanto para la madre como para el niño. Entre la enfermedades maternas que frecuentemente llevan a una retirada injustificada de la lactancia, se encuentran los procesos infecciosos intercurrentes, tanto respiratorios como gastrointestinales, la anemia materna secundaria o no al proceso de parto, la diabetes mellitas, los procesos tiroideos, los problemas cardiovasculares o de hipertensión, el asma, procesos digestivos agudos o crónicos, la epilepsia y la depresión. En ninguno de estos procesos esta contraindicada la lactancia y la mujer puede ser tratada con fármacos compatibles”¹⁰⁶.

Entre las enfermedades padecidas por la madre que hacen no aconsejable la lactancia se encuentran las que se señalan a continuación, aunque existen medidas para poder seguir dando al lactante la leche de su madre. Estas situaciones son en general: infección de la madre por VIH, tipo 1, aunque pueden neutralizar la transmisión de la infección si pasteurizan su leche; infección de la madre por el virus de la leucemia humana de células T, en cuya situación las madres pueden congelar su leche (en ambos casos se podría alimentar al bebé con la leche humana procesada); Galactosemia del bebé, en cuyo caso puede existir una lactancia parcial; deficiencia primaria congénita de lactasa; algunos fármacos específicos y drogas que ha tomado o puede tomar la madre durante lactancia; la tuberculosis activa no tratada de la madre; herpes simple; la hepatitis; la citomegalovirus; la brucelosis; la enfermedad de Lyme; la enfermedad de Chagas; infecciones bacterianas graves; la sífilis; la varicela; el sarampión; la Miastemia gravis; el cáncer de mama; la prolactinoma, y otras enfermedades crónicas¹⁰⁷.

Desde el punto de vista del lactante, sólo la galactosemia y la intolerancia congénita a la lactosa contraindican la lactancia materna.

¹⁰⁶ HERNÁNDEZ AGUILAR, M. T., AGUAYO MALDONADO, J., “Lactancia materna. Últimas evidencias”, *Anales de Pediatría Continuada*, 12/2003, 1(3), pp. 175–180.

¹⁰⁷ Véase, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, “Manual de Lactancia Materna. De la teoría a la practica”, Editorial Médica Panamericana, 2008, pp. 47 y ss.; y GIOVANNI, M., BADERALI, G., AGOSTINI, C., SILANO, M., RADAELLI, G., RIVA, E., “Epidemiology of breastfeeding in Italy”, *Acta Paediatrica Supplement*, 1999, 88 (430), pp.19-22.

De tal manera que, como se ha indicado, suprimir una lactancia sin un motivo de peso es una grave irresponsabilidad desde el punto de vista sanitario¹⁰⁸. Tanto las evidencias científicas como los movimientos sociales han puesto de manifiesto las repercusiones negativas que la falta de lactancia materna supone en la crianza de los niños. Por ello, se ha convertido en un problema de salud pública prioritario y su importancia se ha reflejado en diversas normas¹⁰⁹.

En todas estas situaciones hay que señalar que existe una obligación por parte de los profesionales sanitarios de informar debidamente a la madre de las posibilidades de transmisión de la enfermedad que existe si no se toman las medidas adecuadas¹¹⁰. De manera que se podría generar una posible responsabilidad médica si no se informa adecuadamente a la madre de los beneficios de la lactancia, contraviniendo de esta

¹⁰⁸ En este sentido, comparto plenamente y hago mías las afirmaciones del Dr. José María APARICIO TALAYERO, Jefe de Servicio de Pediatría, Hospital Marina Alta, Denia (Alicante), que realiza en *Medicamentos, enfermedades y lactancia, una ayuda en español*, en www.e-lactancia.org: “Enfermedades transmitidas al bebe después del nacimiento por la madre, por ejemplo por la lactancia materna”.

¹⁰⁹ Así, en el ámbito doméstico, en la legislación de la Comunidad Valenciana cabe destacar la *LLei 5/2011, d'1 d'abril, de la Generalitat, de Relacions Familiars dels fills i filles els progenitors dels quals no conviuen*, en cuyo art. 5, a la hora de establecer el régimen de convivencia de los hijos con lo padres, en su núm. 3 a) se señala que “En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores”. En el ámbito internacional cabe señalar la *Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia*, que es la principal pieza normativa relativa a la prevención de los riesgos para la maternidad, y en donde se establecen los criterios de referencia para promover la prevención y protección de la salud frente a los riesgos para la reproducción y la maternidad y una clara definición de las posibles situaciones en relación a la protección del embarazo y la lactancia, incluyendo una relación de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo de riesgo, que ha sido modificada por la *Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2010, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia*. Derivada de esta Directiva, cabe mencionar en el ámbito laboral español la *Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, que en su art. 26 establece las obligaciones que debe cumplir el empresario para asegurar la protección de la maternidad en el centro de trabajo, la *Ley 39/1999, para la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras*, y el *Real Decreto 1251/2001 por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo*, que se concretan en el reconocimiento de la prestación por riesgo durante éste, el establecimiento de la nulidad del despido por embarazo, y los primeros pasos para la elaboración de un procedimiento de contingencias en la gestación. Asimismo también cabe hacer referencia a la mención que se realiza en la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en la que se establecen mejoras en la protección social tanto para la situación de riesgo durante el embarazo como para la situación de riesgo durante la lactancia natural.

¹¹⁰ Así, se han elaborado guías para ilustrar a las madres sobre la lactancia materna; por ejemplo, LASARTE VELILLAS, J. J., HERNÁNDEZ AGUILAR, M. T., “Lactancia materna: preguntas más frecuentes”, *Revista Pediatría Atención Primaria*, vol. .11, supl.17, Madrid, oct.-dic 2009.

forma tanto los informes científicos como la legislación actual en materia de recomendaciones, como si no le informa de los posibles efectos adversos que tiene el proporcionar al recién nacido una lactancia que puede determinar la transmisión de una enfermedad.

A la vista de ello, se podrá determinar consecuentemente si existe responsabilidad de la madre cuando a través de la lactancia ha transmitido alguna enfermedad a su hijo.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROGENITORES POR DAÑOS CAUSADOS A LOS HIJOS DURANTE EL EMBARAZO.

1. La responsabilidad civil como vía de resarcimiento de los daños ocasionados a la persona en el ámbito privado.

Como se ha indicado en el apartado I, en el ámbito civil, y, concretamente en el Código civil, existen muy pocas referencias a la protección jurídica que merece el concebido no nacido, que, prácticamente, se condensan en el art. 29, segundo inciso, del mismo, y enfocada especialmente hacia la futura esfera patrimonial del mismo.

Sin embargo, ninguna referencia específica se realiza a la protección que merece la esfera corporal del concebido no nacido, salvo que, como se ha indicado, dicha esfera debe estar protegida por virtud de lo señalado en la STC 53/1985, que hay que poner en relación con el citado inciso segundo del art. 29, lo que ha determinado que la doctrina estime que el precepto se refiere no sólo a los efectos favorables de carácter patrimonial sino también de carácter personal o extrapatrimonial.

Dado, pues, que la esfera corporal del concebido no nacido se encuentra protegida, la doctrina ha señalado que cabe incluir entre los efectos favorables a favor del concebido no nacido las posibles indemnizaciones derivadas de la responsabilidad civil por actos que hayan ocasionado daños al *nasciturus*¹¹¹.

Dicho daño determina la existencia de una responsabilidad que puede proceder de la ejecución de cualquier tipo de hecho dañoso, y que puede haberse determinado en el orden jurisdiccional civil, contencioso-administrativo, penal o laboral¹¹².

¹¹¹ En este sentido se manifiestan, entre otros, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, T II, Madrid: Ed. Civitas, 1984 (reproducción facsimilar de la edición del Instituto de Estudios Jurídicos, 1952), p. 31; GONZÁLEZ GOZALO, *ob. cit.*, p. 144; GUTIERREZ SANTIAGO, *ob. cit.*, pp. 219-220; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ob. cit.*, p. 280; MONTÉS PENADÉS, V. L., "Comienzo y fin de la personalidad", en *Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona* (Coord. por F. Blasco Gascó), Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2003, p. 191.

¹¹² Así, GUTIERREZ SANTIAGO, *ob. cit.*, p. 219.

En el ámbito del Derecho civil se pueden encontrar afirmaciones tales como que “Quien sufre un daño en su persona o en sus bienes tiene derecho a una reparación en todos los casos en los que el daño sea imputable a un tercero”¹¹³. Sin embargo, una vez producido el daño, la cuestión que se plantea es ante qué orden jurisdiccional se puede solicitar el resarcimiento del mismo. Ciertos autores señalan que la jurisdicción ante la que se debe plantear la demanda por razón de los daños sufridos depende de dos criterios: la calificación jurídica del daño y el régimen jurídico al que se somete la actividad del sujeto causante del mismo. El primer criterio delimita la jurisdicción penal que, conforme al art. 44 LOPJ, siempre es preferente respecto a aquellos asuntos que pueden ser resueltos por el resto de jurisdicciones. Mientras que el segundo criterio distribuye los casos entre la jurisdicción civil, contencioso-administrativa y social¹¹⁴.

En base a estas premisas, si el daño causado de forma dolosa o imprudente ha afectado a la integridad física de la víctima y su conducta está tipificada como delito, se puede demandar el resarcimiento de los daños en el orden penal, en el que se podrán, por razones de economía procesal, determinar, además de la responsabilidad penal, la responsabilidad civil de los hechos.

En ausencia de delito, la idoneidad de la jurisdicción va a depender del sujeto que cause el daño, lo que va a determinar si se aplican normas de derecho privado o de derecho público. De tal manera que si el causante del daño es un particular, en la materia que tratamos son los padres o progenitores, la jurisdicción adecuada va a ser la civil.

Por lo que se refiere al ámbito civil, dichos daños darían lugar a una responsabilidad civil extracontractual.

Como es sabido, la responsabilidad civil es la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, habitualmente mediante una indemnización de daños y perjuicios. Díez-Picazo define la responsabilidad como “la

¹¹³ Así lo señala GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual”, Barcelona, 2001, p. 2 (www.InDret.com).

¹¹⁴ Cfr. GÓMEZ LIGÜERRE, *lug. últm. cit.*

sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”¹¹⁵.

Como es sabido, en nuestro Código civil se distingue la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual¹¹⁶. La responsabilidad contractual es la dimanante del incumplimiento de un contrato, por la cual el contratante que ha producido dicho incumplimiento responde ante el otro contratante a través de los distintos medios que el derecho pone al alcance de éste. Sin embargo, la responsabilidad extracontractual es la que deriva de un daño producido por un sujeto en la persona o en la esfera patrimonial de otra por la realización de un acto ilícito, entre las que no existe una relación contractual; en ocasiones a dicha responsabilidad sólo se le denomina civil para contraponerla a la responsabilidad penal, que es la que proviene de la realización de actos ilícitos, pero de una entidad mayor, que vienen tipificados en el Código penal como delitos y a la que en algunas ocasiones acompaña una responsabilidad civil¹¹⁷.

La responsabilidad extracontractual puede definirse como aquella que existe cuando una persona causa, ya sea por sí misma, por medio de otra de la que responde, por una cosa de su propiedad o de que se sirve, un daño a otra persona, respecto de la cual no estaba ligada por un vínculo obligatorio anterior relacionado con el daño producido. La existencia de la responsabilidad civil extracontractual se basa en que el daño producido por una persona a otra transgrede un principio que es fundamental dentro de la responsabilidad civil: la alteración del principio *neminem laedere*, que supone el abstenerse de realizar un comportamiento lesivo para los demás¹¹⁸.

¹¹⁵ Es opinión común en la doctrina. Así, DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A., *Sistema de Derecho civil, Vol. II/2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad Extracontractual*, Madrid: Ed. Tecnos, 11ª ed., 2015, p. 315

¹¹⁶ Así, por todos, DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A., *lug. últm. cit.*

¹¹⁷ En orden a ambos tipos de responsabilidad, el art. 1092 CC dispone que “Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”, para señalar en el art. 1093 que “Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones del Capítulo II del Título XVI de este Libro” (o sea, a los arts. 1902 y ss CC).

¹¹⁸ El principio *alterum non laedere* (*no dañar a nadie*; STS 19-7-06), según ARIAS CAYETANO, J., “El latín y el Derecho Romano en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo durante 2006”, *Noticias Jurídicas*, Marzo 2008, “es un principio general del derecho que se plasma en el art. 1902 del Código Civil, y del cual se deriva la obligación de reparar todos los daños que se causen a terceros con la propia actuación. Es de raigambre romana muy antigua y así está recogido en las compilaciones y tratados de la

La responsabilidad extracontractual se recoge en el art. 1902 y siguientes del Código civil; este precepto establece: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, situado sistemáticamente en el Capítulo II, intitulado “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, incluido dentro del Título XVI (De las obligaciones que se contraen sin convenio), del Libro IV (De las obligaciones y contratos), y que ha dado lugar a una extensa bibliografía analizando los muy diversos aspectos de la misma¹¹⁹. Del tenor literal del precepto se deduce que se trata de una responsabilidad subjetiva o culposa, en tanto en cuanto la reparación del daño se produce cuando haya intervenido culpa o negligencia.

La responsabilidad civil en nuestro ordenamiento adopta una función de compensación, indemnización o reparación. En este sentido, no supone un castigo para el causante del daño (pues para cumplir esta otra función se encuentra el Código penal si la acción mereciera el desvalor del delito), sino reparar el daño producido a un tercero que no tiene la obligación de soportar el daño causado¹²⁰.

Roma clásica. Se expresa también con la variante “neminem laedere”. Es uno de los tres deberes que, según el derecho romano tradicional, componen el derecho”. Aunque, como observa LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, 19ª ed., Madrid: Ed. Marcial Pons, 2015, p. 270, la apelación a este principio “en si misma considerada, tiene sólo el valor de ser un recurso lingüístico de evidente utilidad, que con todo no puede llevarnos al engaño de considerar que el actual Derecho civil es una mera continuidad del viejo (y, por otra parte, estimable) Derecho romano”.

¹¹⁹ Entre la numerosa bibliografía sobre la responsabilidad civil extracontractual véanse, entre otros, algunas como obras de referencia, además de las que se irán mencionando, ALVAREZ LATA, N., *Lecciones de responsabilidad civil*, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2013; DIEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Madrid: Ed. Civitas, 1999; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, T V, La Responsabilidad civil extracontractual*, Navarra: Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2011; MONTERROSO CASADO, E., ESCUDERO HERRERA, E., *Presupuestos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid: Ed. UDIMA, 2ª ed., 2011; REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de responsabilidad Civil*, (Coord. L. F. Reglero Campos), T. I., 3ª ed., Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 2008; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil*, Madrid, 2001; SEIJAS QUINTANA, J. A., *Responsabilidad civil: aspectos fundamentales*, Madrid, 2015; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid: Ed. Dykinson, 2001.

¹²⁰ REGLERO CAMPOS, L. F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Tratado de responsabilidad Civil*, cit., p. 52; CONCEPCION RODRIGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, 2ª ed., Barcelona: Ed. Bosh, 1999, p. 39; ROCA TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños. Textos y materiales*, 6ª ed., Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, p. 11, también parten del elemento del daño, considerando que no hay responsabilidad sin éste, y de ahí que su obra se intitule “derecho de daños”, asegurando que en España el problema del resarcimiento de los daños injustos se estudia bajo el título genérico de la responsabilidad civil. Otros autores también utilizaron esta denominación (como CONCEPCION RODRIGUEZ o DIEZ PICAZO, en las obras ya citadas), generalizándose esta denominación entre la doctrina que ha estudiado la materia.

La responsabilidad civil extracontractual tiene la función, como señala Álvarez Lata, “de fijar la distribución de los daños ocasionados en la vida social, cuando, entre el causante y la víctima se hace abstracción de las condiciones subjetivas de causante y víctima”, puesto que se fija el eje central de la reparación en el principio *nemine ladere*, en base al cual los elementos subjetivos están indeterminados “porque el deber que constituye su contenido, al igual que grava a los ciudadanos, está concebido a favor de la protección de los intereses jurídicamente protegidos de cualquier ciudadano”, respondiendo a la esencia de la responsabilidad civil extracontractual puramente reparadora, pero también teniendo en cuenta que es una sanción dado que tiene su origen en un acto ilícito¹²¹. En este punto, y en referencia a la materia que tratamos, hay que apuntar que no todos los supuestos que se producen en el supuesto de daños al hijo por los progenitores son “ilícitos”, entendiendo por tales aquellos actos que vayan a contrariar alguna ley o norma (vgr. la reproducción humana no está prohibida sino protegida en nuestra legislación), y existen casos que se deben analizar cuidadosamente, dado que la única ilicitud o licitud, desencadenante del nacimiento o no de responsabilidad civil, es un acto en sí lícito (como, por ejemplo, la citada reproducción humana), pero que ha producido resultados dañosos en el feto debido a diferentes circunstancias.

En este sentido, el daño no se agota con el daño injusto, porque, como apunta Pascual Estevill, “este daño, que no se debe a la culpa del propio sujeto que lo padece, produce una reacción jurídica en favor de la víctima del mismo, lo que sucede así, precisamente, porque se trata de un daño jurídico, con independencia de su antijuridicidad, porque no es necesario creer solo que el daño ilícito tiene relevancia jurídica”¹²².

Como punto de partida para la existencia de la misma, la doctrina señala que para que pueda nacer la responsabilidad extracontractual, y por ende el deber de resarcimiento derivado de la misma, se requieren unos presupuestos subjetivos y otros

¹²¹ ALVAREZ LATA, N., *Derecho de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Barcelona: Ed. Cálamo, 2004, pp. 16 y 25.

¹²² PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad extracontractual aquiliana o delictual*, T II, Vol. 2º, *Parte especial*, Barcelona: Ed Boch, 1990, p. 508.

objetivos¹²³, que interesa mencionar brevemente para analizarlos posteriormente en la materia que tratamos (la transmisión o causación de lesiones y enfermedades al hijo durante la concepción, gestación o puerperio).

Entre los presupuestos objetivos, se señalan:

1º) La acción y omisión dañosa. Dicho supuesto hace referencia al comportamiento causante del daño, tanto se trate de acciones u omisiones. Así se señala expresamente en los arts. 1093 y 1902 del Código civil.

2º) La ilicitud o antijuricidad del comportamiento. Se entiende por comportamiento antijurídico aquel que contraviene el principio *alterum non laedere* que comprende una serie de deberes que obligan a seguir un comportamiento con corrección y prudencia respecto a terceros, para que la convivencia sea posible. El art. 1902 no contiene ninguna indicación sobre este supuesto, quizá porque se presume que todo acto u omisión que cause daño a otro es antijurídico; sin embargo, algunos autores estiman que esta afirmación no es del todo correcta pues la antijuricidad no deriva en sí misma del acto y omisión, que pueden ser perfectamente lícitos y conformes a Derecho, sino de las consecuencias dañosas que se generan a un tercero por culpa o negligencia del sujeto que realiza el acto u omisión¹²⁴; por lo que resulta, en definitiva, que es antijurídica o ilícita cualquier conducta que cause daño a tercero, salvo que concurren causas que excluyan dicha antijuricidad (casos de legítima defensa o estado de necesidad, consentimiento o culpa exclusiva de la víctima, correcto ejercicio de un derecho).

3º) El daño o agresión ilegítima a bienes o derechos de una persona o a la propia persona. Este requisito se exige expresamente en el art. 1902 CC. El daño indemnizable

¹²³ Cfr., entre otros, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988; Díez-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil, Vol. II/2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad Extracontractual*, Madrid: Ed. Tecnos, 11ª ed., 2015, pp. 323-331; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, 19ª ed., Ed. Marcial Pons, 2015; PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, cit., pp. 507-626; PENA LÓPEZ, J. Mª, et alii, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, 2004; REGLERO CAMPOS, ob. cit., pp. 67-75; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, cit., pp. 109 ss.

¹²⁴ Vgr. LASARTE ÁLVAREZ, ob. cit., p. 282.

o reparable tiene que ser cierto, esto es, realmente existente; se excluyen los daños hipotéticos o eventuales. Además, el daño tiene que ser actual, aunque pueden incluirse los daños futuros cuando existe certidumbre de que éstos pueden darse con posterioridad. Se entienden incluidos tanto los daños materiales como los daños morales¹²⁵. La prueba del daño, de su extensión y alcance, corresponde al perjudicado. La cuantía de dichos daños, probados, queda al arbitrio del juzgador.

4º) La relación de causalidad o nexo causal entre el comportamiento causante del daño y el propio daño. Este presupuesto se deduce del tenor del art. 1902 CC, pues su lectura evidencia que entre la acción u omisión del agente y el daño ocasionado al tercero debe existir un nexo causal, es decir, una relación de causa a efecto. En el caso de que concurren una pluralidad de causas determinantes del daño, habrá que precisar si todas ellas son concausas (teoría de la equivalencia) o si una de esas causas es la única que merece dicho papel por ser la determinante del daño; cuestión que en la práctica resulta en ocasiones difícil de determinar, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia. Se ha utilizado por parte de la doctrina distintos criterios para calificar a la causa como determinante de dicho resultado que han dado lugar a la existencia de diversas teorías: a) por un lado, la teoría de la causa adecuada, según la cual dicha causa sea probablemente la que haya ocasionado el daño, de modo que era de esperar como una derivación natural del curso de los acontecimientos; b) por otro lado, la teoría de la causa próxima, en la que se establece que la causa es el hecho que sea el más próximo al daño, descartándose las causas más remotas; c) por otro, la teoría de la causa eficiente, en la que la causa es el hecho más eficiente o con más fuerza determinante del daño; d) por último, la teoría de la equivalencia de las prestaciones, según la cual se han de considerar todas y cada una de las diversas causas que hayan contribuido a la producción del resultado dañoso siempre que éste no hubiera ocurrido de faltar alguna de las condiciones o circunstancias que hayan estado presentes en el supuesto de hecho. Nuestros tribunales no se han inclinado por la admisión en concreto de ninguna de ellas, sino que, estimando la casuística existente, ha optado por aplicar en cada caso concreto la opción más adecuada.

¹²⁵ La reparación de los daños morales se ha admitido por la doctrina y la jurisprudencia desde hace tiempo, especialmente a partir de la conocida sentencia del TS de 6 de diciembre de 1912, y ha sido recogida en diversos textos legales, como la *LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (arts. 9.3 y 4), y *Ley de Propiedad Intelectual* (art. 140.2, reformado por la Ley 19/2006, de 5 de junio).

Entre los presupuestos subjetivos se señalan los siguientes:

1º) El criterio de imputación de la responsabilidad. Este presupuesto parece deducirse del art. 1902 CC, pues la atribución de la responsabilidad requiere la existencia de dos personas que ocupen posiciones contrapuestas. Sin embargo, la doctrina distingue entre imputar (atribuir a alguien la culpa o la responsabilidad) y ser imputable (capacidad de entender y querer o tener conciencia del alcance de dicho comportamiento). La doctrina entiende que la imputabilidad del autor del daño no constituye un presupuesto de la responsabilidad extracontractual, pues en algunos supuestos en los que los sujetos son inimputables penalmente, y, por tanto, no existe responsabilidad penal, sin embargo, de su actuación se deriva una responsabilidad civil (vgr. art. 118 CP).

2º) Carácter culposo o doloso de la conducta. En los arts. 1902 y 1903 CC se exige expresamente la existencia de este elemento. En principio, el Código Civil exigía exclusivamente un criterio basado en la culpa o negligencia del agente (teoría subjetiva o por culpa), pero en la actualidad se aceptan criterios distintos a la culpa, como el dolo o consciencia de que el comportamiento causa el daño, el riesgo o creación de una situación de peligro (teoría del riesgo) y supuestos de atribución automática o *ex lege* de responsabilidad (teoría objetiva o estricta). La doctrina considera que es indiferente la graduación de la culpa (dado que el art. 1089 CC se refiere a cualquier género de culpa), y será de apreciación de los tribunales (por analogía con el art. 1104 CC). En cuanto a la prueba de la culpa, hay que destacar que en los últimos tiempos el TS ha venido estableciendo una inversión de la carga de la prueba en beneficio de la víctima, según la cual será el sujeto agente del daño quien deba acreditar que ha actuado sin culpa.

En el tema objeto de nuestro estudio, el bien lesionado es la integridad física o salud del feto. En el caso de una lesión al derecho a la integridad física, en sus varias manifestaciones, como ha señalado la doctrina, la función de la responsabilidad civil va encaminada a la reparación del daño causado no a su reintegración¹²⁶, lo que se debe

¹²⁶ Así, REGLERO CAMPOS, F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., 2006, p. 96. En el mismo sentido se manifiestan de manera más explícita los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*, elaborados por el European Group on Tort Law, en Viena en 2005, que nuestros tribunales han incorporado ya en algunas de sus sentencias, en cuyo

hacer extensible a una lesión a la salud de la persona¹²⁷. Siendo la tutela aquiliana una de las formas de protección de este derecho¹²⁸.

Entiende doctrina y jurisprudencia que tal daño incluye tanto los daños biológicos o psicofísicos, comprendiendo los daños morales, como los daños materiales y/o patrimoniales¹²⁹.

2. La responsabilidad civil en el inicio de la vida humana: la denominada responsabilidad perinatal.

2.1. Acepciones de la responsabilidad perinatal. Interrelación entre responsabilidad civil y responsabilidad perinatal.

Una cuestión específica dentro del ámbito de la responsabilidad civil es la que se plantea por los daños producidos en el inicio de la vida, cuestión cuyo estudio por parte de la doctrina se ha realizado recientemente y a la que se refiere con la expresión responsabilidad perinatal.

Estima la doctrina que con la referida expresión, responsabilidad perinatal, se pueden entender englobadas todas las acciones de responsabilidad civil relacionadas con el inicio de la vida, tanto aquellas en las que el nacimiento se configura como el

art. 1:101 se establece que “La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo”, considerando, entre otros intereses protegidos, en el art. 2:102 que “la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia”. Vid. European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*, Coord. Miquel Martín-Casals, Pamplona: Ed. Thomson-Aranzadi, 2008; y PALAO MORENO, G., *Responsabilidad civil extracontractual en el Derecho europeo*, Valencia, 2008.

¹²⁷ El daño a la salud se incluye también dentro del daño corporal en el art. 10:202 de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*.

¹²⁸ Así lo considera VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, *Tratado de responsabilidad civil*, T I (Coord. L. F. Reglero Campos), Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 3ª ed., 2008, pp. 280-281.

¹²⁹ Cfr. REGLERO CAMPOS, *ob. cit.*, p. 101. Vid. también en cuanto a la conceptualización del daño corporal, VICENTE DOMINGO, *ob.cit.*, pp. 279-304, y *Los daños corporales. Tipología y valoración*, Barcelona, 1994. En los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil* se recoge también la diversidad de daños que supone la responsabilidad extracontractual, haciendo referencia a los daños patrimoniales y daños no patrimoniales, incluyendo dentro de los primeros el daño corporal y la muerte en el art. 10:202, que dispone que “En el caso de *daño corporal*, lo que incluye el *daño a la salud física y a la psíquica* si comporta una enfermedad reconocida, el daño patrimonial incluye la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica”.

momento en el cual se concreta un daño producido al concebido no nacido por un comportamiento anterior a dicho nacimiento como todas aquellas en las que el hecho mismo de la vida se pretende constituir como daño¹³⁰.

Como se observa, de su propio concepto ya se infiere la diversa tipología de las acciones que se pueden derivar de estos supuestos, y la dificultad de articularlos en alguna de las categorías jurídicas existentes en nuestro ordenamiento jurídico. A ello hay que añadir que los daños producidos se ocasionan a bienes que son objeto de derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida y a la integridad física, que en nuestro ordenamiento tienen, además, una consideración y una protección especial.

Pone de relieve la doctrina que el nacimiento y el desarrollo de estas acciones se ha debido fundamentalmente a varios factores.

Por un lado, a los avances que ha experimentado la medicina y la biotecnología, particularmente en cuanto al origen y desarrollo de la vida humana, capaces actualmente de facilitar la reproducción a parejas estériles a través de las técnicas de reproducción asistida, de detectar con anticipación la probabilidad de un daño en el futuro feto y de evitar y tratar los daños producidos en la fase prenatal, de establecer medidas preventivas en la fase previa a la concepción y durante la gestación para evitar estos daños, de posibilitar la interrupción de la gestación de un feto con malformaciones, de decidir sobre la propia concepción, etc., entre otros muchos¹³¹.

A ello hay que añadir la nueva manera de entender la prestación de los servicios médicos tanto por el paciente como por los propios profesionales de la salud. Dicha relación viene condicionada por lo que el propio paciente entiende que debe ser su estado de salud, que ya no se circunscribe únicamente a la ausencia de enfermedades,

¹³⁰ Así, MACÍA MORILLO, A., “Responsabilidad perinatal (jurídico)”, en la *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T II, (Dr. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, Granada, 2011, p. 1450.

¹³¹ Véase VIDAL MARTÍNEZ, J., “Acerca del Derecho a la protección de la salud en relación con los avances en biomedicina desde la perspectiva del Derecho español”, *cit.*, pp. 18-25. Posibilidades todas ellas que vienen recogidas en la legislación sobre técnicas de reproducción asistida, biomedicina, ensayos clínicos, etc., que actualmente rigen en nuestro país, ya mencionadas.

como ya se ha apuntado, sino a un estado de bienestar físico y psíquico en el que tienen un lugar muy destacado la información y prevención de las posibles enfermedades, todo lo cual determina que el paciente exija una atención sanitaria más personalizada. De otro lado, esa relación médico-paciente viene condicionada enormemente por el valor a la autonomía de la voluntad que se le ha dado al paciente en el ámbito sanitario, singularmente a través del denominado consentimiento informado¹³². A ello se anuda la diferente estructura del Sistema Nacional de Salud español, disgregado en las distintas Comunidades Autónomas, las diversas empresas de salud, pública y privada, con sus concretas características de financiación, funcionamiento e integración dentro del sistema de salud, los diferentes sujetos que intervienen, y la variabilidad de relaciones que se pueden dar entre los distintos sujetos, que se agrava con la interculturalidad que se da en el ámbito sanitario¹³³.

Desde otro punto de vista, hay que señalar la evolución que ha experimentado el concepto de responsabilidad civil, pues, como señala la doctrina, actualmente se entiende la responsabilidad civil como una vía para reparar cualquier contrariedad que experimente un sujeto, con independencia de la culpabilidad del individuo que provocó dicha situación¹³⁴.

2.2. Tipología derivada de la responsabilidad perinatal.

En el marco de esta concepción amplia de la responsabilidad civil, se encuadran una serie de acciones relacionadas con el inicio y desarrollo de la vida antenatal, que

¹³² En nuestro país, dicha autonomía viene reconocida en la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, y en la legislación autonómica correspondiente, aunque existen otras normas de carácter sanitario en la que también se realiza una alusión expresa a dicho consentimiento.

¹³³ Así lo manifestaban a propósito de los conflictos que se plantean en el ámbito sanitario, MOLA SANNA, B., IGUAL AYERBE, B., “La gestión del conflicto en el ámbito de la salud”, *Revista ROL de enfermería*, 33 (2), 2010, pp. 18-27, quienes ponen de relieve las singulares características de dichos conflictos.

¹³⁴ MACÍA MORILLO, *ob. cit.*, p. 1451.

dan lugar a una diversa tipología. Siguiendo la señalada por Macía Morillo, cabría distinguir la siguiente¹³⁵, con breve descripción de las mismas.

A) Responsabilidad civil derivada del nacimiento de hijo sano pero no deseado. Las denominadas acciones wrongful conception o wrongfun pregnancy.

En esta categoría se integran las llamadas *wrongful conception* o *wrongfun pregnancy*¹³⁶, a través de las cuales se reclama el daño que se deriva de un nacimiento no deseado.

Se encuentran legitimados para interponer esta acción tanto uno como ambos progenitores.

Y la reclamación versa sobre los gastos derivados de la existencia de un hijo que no se había previsto tener y los daños morales de un embarazo no deseado.

Generalmente, este tipo de reclamaciones se interpone contra los profesionales sanitarios que dispensaron atención sanitaria especializada a la pareja en materia de planificación familiar, y que no pudieron evitar dicho embarazo.

Normalmente, este tipo de acciones no suelen ser ejercitadas por los hijos, puesto que suelen nacer en buen estado de salud, y, por tanto, no es posible apreciar un daño que sustente dicha reclamación¹³⁷.

Dentro de estas acciones se distinguen tres tipos de casos, que se han planteado ante nuestros tribunales, dando lugar a doctrina jurisprudencial.

¹³⁵ MACÍA MORILLO, *ob. cit.*, pp. 1455-1468. Se hace una breve referencia a estas acciones, de las cuales existe bibliografía propia.

¹³⁶ Precisa MACÍA MORILLO, *ob. cit.*, p. 1455, que ambas denominaciones se utilizan para designar el mismo tipo de responsabilidad. Sin embargo, existen autores que utilizan los términos para referirse a supuestos distintos; así, se diferencian ambos términos según se reclamen todos los daños derivados del nacimiento no deseado y de los gastos que ocasiona el niño o bien sólo los gastos de embarazo; otras veces se reserva el término *wrongful conception* para los casos de esterilización fallida,

¹³⁷ Aunque MACÍA, *lug. últm. cit.*, se refiere a algún caso presentado ante los tribunales de Estados Unidos, que no prosperó.

En primer lugar, los casos en que una persona se somete a una intervención de esterilización (ligadura de trompas, histerectomía, vasectomía), y, a pesar de ello, con posterioridad tiene descendencia, en los cuales nuestros tribunales han reconocido la pretensión por responsabilidad de los profesionales sanitarios por una actuación negligente, incluso aunque se realizase conforme a la *lex artis*, y por falta de adecuada información a los pacientes.

En segundo lugar, los casos de interrupción de embarazo fallida, lo que da lugar a que no se produzca el resultado pretendido, que es el no nacimiento del hijo; supuesto que parece no se ha planteado en nuestro país, aunque sí en otros (Alemania, Italia, Francia, Estados Unidos), en los que se ha admitido dicha reclamación.

En tercer lugar, los casos de utilización de medios anticonceptivos que, sin embargo, no impiden el embarazo, y que se diversifican en distintos supuestos: casos de productos anticonceptivos defectuosos, necesidad de intervención de un profesional sanitario que actúa de modo negligente, prescripción de un método anticonceptivo inadecuado, o deficiente información del profesional sanitario. En estos casos se tiene también en cuenta para valorar la posible responsabilidad la correcta utilización de tales métodos por el usuario. Se ha cuestionado por la doctrina que el daño que se deriva de estas situaciones sea el nacimiento del hijo, puesto que considerar que el nacimiento de un ser humano es un acto atentaría contra la dignidad humana y cosificaría al niño. Por ello, se han utilizado diversos argumentos para fundamentar la responsabilidad civil derivada de estos hechos; así, se entiende que el daño derivado se basaría en los gastos que tienen que asumir los progenitores por el nacimiento del hijo, la limitación de la libertad de procreación de los sujetos, el desasosiego que produce el nacimiento de un hijo no deseado o la lesión a la integridad física o moral de la mujer por un embarazo no deseado. En estos casos, la doctrina ha cuestionado la posibilidad de resarcir los daños patrimoniales y morales derivados de estas situaciones. En este sentido, nuestra jurisprudencia se muestra reacia a admitir el resarcimiento de los daños morales.

B) Responsabilidad civil derivada del nacimiento de un hijo enfermo.

Dentro de este grupo, se distinguen las siguientes situaciones:

a) Supuestos de responsabilidad por causación directa o indirecta de la enfermedad o defecto.

En esta categoría se incluyen las acciones de responsabilidad por daños preconceptivos o prenatales, en las que se reclaman los daños ocasionados directa o indirectamente al hijo por el comportamiento, activo u omisivo, de un tercero en un momento anterior al nacimiento (daños prenatales) o anterior a la concepción (daños preconceptivos).

El daño que se reclama es la enfermedad o malformación ocasionada al concebido no nacido. En estos casos, la vida no se constituye como el objeto de la reclamación sino como el presupuesto a partir del cual el daño se concreta.

El sujeto legitimado es el hijo que nace con dicha enfermedad o malformación, o, en su caso, sus representantes legales.

La conducta determinante del daño se puede realizar: a) en un momento anterior a la concepción del hijo, a través de la alteración de las condiciones físicas o genéticas de los progenitores; tal actuación puede ser realizada por un profesional sanitario o no; b) durante la gestación, por traumatismos causados a la gestante y al concebido no nacido; c) durante el parto, en donde una mala praxis o la omisión de ciertas comprobaciones, puede ocasionar daños al hijo nacido¹³⁸.

Como se observa, en todos estos supuestos el daño causado al concebido no nacido lo ocasiona un tercero, sea profesional sanitario o no, pero no los propios progenitores del concebido.

b) Las denominadas acciones *wrongful birth* y *wrongful life*.

¹³⁸ Señala MACÍAS MORILLO, *ob. cit.*, p. 1461, que normalmente en estos casos gran parte de los comportamientos que ocasionan el daño pueden subsumirse en el tipo de delito de lesiones al feto, contemplado en los arts. 157 y 158 CP, que suelen acompañarse de la responsabilidad civil derivada de dicho delito.

En estas acciones se integran las conductas de los profesionales sanitarios que omiten información sobre los riesgos que podría padecer la descendencia futura o las enfermedades o defectos que padece el concebido no nacido (en sus fases de embrión o feto) antes de la concepción o antes del transcurso del plazo para interrumpir el embarazo. De modo que, bien por la ausencia de diagnóstico bien por la comunicación de un diagnóstico erróneo, los progenitores quedan privados de una información fundamental para adoptar una decisión respecto a la procreación¹³⁹.

A este tipo de acciones es a la que la doctrina española ha prestado mayor atención¹⁴⁰.

En cuanto a las denominadas acciones *Wrongful Birth* se trata de una demanda judicial interpuesta contra el médico por los padres de un niño nacido con una enfermedad o malformación.

¹³⁹ Señala DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Derecho civil I*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 63-64, que en los casos en que los padres no son informados correctamente en tiempo y forma de las deficiencias graves que padecen sus hijos, privándoles de la decisión acerca de interrumpir el embarazo o no, el daño resarcible será el perjuicio moral que sufra la madre por la privación de su facultad de tomar una decisión al respecto, señalando que éste parece ser el criterio seguido por la jurisprudencia (SSTS 19 de junio de 2007, Tol 1116437; y 23 de noviembre de 2007, Tol 1213902, entre otras), de tal manera que hay que considerar que el nacimiento de un niño, por muy graves que sean sus deficiencias, nunca puede constituir un daño resarcible, puesto que ello se opone al principio constitucional de respeto a la dignidad de la persona.

¹⁴⁰ Así, entre la bibliografía más reciente cabe mencionar, ALISTE SANTOS, T. J., “El favor nascituri y su aplicación por el juez ante las demandas de wrongful life y wrongful birth”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 49, 2007, pp. 5-17; ELIZARI URTASUN, L., “El daño en las acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life”, *DS: Derecho y salud*, Vol. 19, núm. Extra 1, 2010 (Ejemplar dedicado a: XVIII Congreso "Derecho y Salud"), pp. 139-163; MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales (Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005; “Una visión general de las acciones de responsabilidad por "wrongful birth" y "wrongful life" y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad), pp. 65-94; “La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 2007 (27), p. 20; MAZZILLI, E., “La Acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 1, núm. 10 (febrero), 2012, pp. 79-111; PACHECO JIMÉNEZ, M^a. N., “Responsabilidad médica derivada de negligencia en el diagnóstico prenatal: acciones "wrongful birth" y "wronful life". Repercusión de la proyectada ley de protección de la vida del concebido”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 15, 2012-2013, pp. 287-308; PAÑOS PÉREZ, A., “Responsabilidad civil médica por wrongful birth y wrongful life”, *Diario La Ley*, núm. 8396, 2014; ROMERO COLOMA, A. M^a., “Las acciones de " Wrongful birth" y " Wrongful life" en el Ordenamiento jurídico español”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 722, 2010, pp. 2559-2608; TORAL LARA, E., “Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento español”, *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, Eugenio Llamas Pombo (dir.), 2014, pp. 251-289; VIVAS TESÓN, I., “La responsabilidad civil médica en los supuestos de Wrongful Birth y Wrongful Life: análisis jurisprudencial”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 11, 2003, pp. 403-416.

El médico se convierte en responsable de un daño al no proponerle a los progenitores, especialmente a la madre, una serie de pruebas, o bien al no detectar o no informar a éstos, y en particular a la mujer embarazada, sobre la enfermedad o anomalía que sufre el feto, a tiempo de que los progenitores puedan tomar la decisión que autónomamente consideren la más pertinente, entre ellas, la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo en aquellos casos que la ley permite. Se admite el ejercicio de esta acción contra el médico dado que debido a su negligencia privó a los progenitores de la oportunidad de tomar una decisión informada sobre la continuidad o interrupción del embarazo. En este tipo de proceso son los padres del niño los que reclaman al médico una indemnización basada tanto en el quebranto moral como en el quebranto económico derivado de haber tenido un hijo aquejado por una enfermedad o anomalía genética¹⁴¹.

Señala Macías Morillo que “la relación directa que se establece en estas reclamaciones entre el daño y el hecho de la vida -mas acusada en las reclamaciones del propio niño- ha convertido a ambas acciones en dos de los máximos exponentes de las acciones de la responsabilidad perinatal, objeto de grandes discusiones éticas y jurídicas respecto a la calificación de la vida como daño y la posibilidad de obtener una indemnización por el hecho de nacer”¹⁴².

Por lo que se refiere a las acciones *Wrongful life* se trata de una demanda que interpone el hijo que ha nacido con alguna enfermedad o anomalía contra el médico.

Cuando se habla de acciones entabladas por el hijo hay que tener en cuenta que, si éste carece de capacidad para interponerla, dichas demandas pueden ser formuladas

¹⁴¹ Este tipo de acciones se han admitido también en el derecho extranjero; así, en Alemania la jurisprudencia ha aprobado reclamaciones de *wrongful birth* desde 1980; los primeros casos en los que se aceptaron estas demandas consistieron en una malograda esterilización y en un fallo en el diagnóstico de una enfermedad muy común en Alemania (rubéola), evitando con ello el recurrir a un aborto legal. En Estados Unidos, Francia y Reino Unido se admiten acciones contra los médicos basadas en su negligencia por utilizar de forma dañosa para el feto las técnicas de diagnóstico prenatal.

¹⁴² MACÍA MORILLO, “*Responsabilidad perinatal*”, *cit.*, p. 1462. Recordando que hay algunos países, como Francia y Estados Unidos, que han regulado de manera específica la responsabilidad civil en estos supuestos (*Loi 2002-303, de 4 de marzo, relative aux droits des malades et à la qualité du Systeme de santé*, que excluye la reclamación por *wrongful life*).

por sus representantes legales (padres o tutores), pero en nombre de aquél. La causa que motiva la acción *wrongful life* es esencialmente la reclamación por la negligencia o la mala praxis médica. El niño que padece alguna anomalía se fundamenta en que el profesional sanitario tenía un deber con él y que ese deber fue incumplido. En esta acción, el niño no alega que la negligencia del personal sanitario fuera la causa de su lesión o de su enfermedad, sino que la negligencia dio lugar a su nacimiento. Por tanto, el niño tendrá que probar, no que el médico causó sus anomalías, sino que su negligencia (por no detectar las anomalías o por informar erróneamente a sus padres), dio lugar a su nacimiento con éstas. De hecho, la jurisprudencia norteamericana dice que la realidad del concepto de *wrongful life* es que los demandantes existen y sufren debido a la negligencia de terceras personas. En este supuesto, el hijo demandante argumenta que, de no haber sido por el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad.

En ambos casos, independientemente de quien tenga la legitimación activa para interponerlas (progenitores o hijo), la legitimación pasiva recae en el médico.

En nuestro país, doctrina y jurisprudencia ha admitido la responsabilidad derivada de las acciones *Wrongful Birth*, pero muy ocasionalmente nuestros tribunales han admitido la responsabilidad derivada de las acciones *wrongful life*.

Como se observa, tampoco en estos supuestos son los progenitores quienes causan el daño al hijo.

C) Responsabilidad civil derivada de la denominada procreación irresponsable.

En este grupo se trata de “la reclamación de la responsabilidad que interpone un sujeto -por sí mismo o, más bien, en su nombre- contra uno de los progenitores o contra ambos, cuando se ve afectado desde su nacimiento por una enfermedad o defecto cuyo origen se puede remontar, de forma directa o mediata, al comportamiento de uno o

ambos progenitores, sea por una acción o por una omisión de éstos anterior al nacimiento”¹⁴³.

Como se advierte, este tipo de responsabilidad tiene en común con los supuestos reseñados anteriormente el daño que se produce al hijo, pero difiere esencialmente en los sujetos que causan dicho daño, pues, mientras en los supuestos contemplados hasta este momento la causación del daño la ocasiona un tercero, profesional sanitario o no, en estos casos el daño lo ocasionan los propios progenitores.

Ahora bien, el daño puede ser ocasionado en momentos diferentes y por causas distintas, por lo que se pueden distinguir a grandes rasgos dos grupos de supuestos:

En primer lugar, aquellos en los que los progenitores causan una lesión preconceptiva o prenatal. En estos casos se incluyen los posibles daños al concebido por traumatismos causados por uno o por ambos progenitores y cualquier otro tipo de comportamiento lesivo para la integridad y/o la salud del mismo, incluidos también los producidos durante la concepción¹⁴⁴.

En segundo lugar, aquellos en los que los progenitores, uno o ambos, son portadores de una enfermedad o un defecto transmisible o hereditable a la descendencia o se informa a éstos de que el feto presenta enfermedades o defectos graves, y, a pesar de dicha información los progenitores deciden que se produzca el nacimiento del hijo con tales enfermedades o defectos¹⁴⁵.

Estos son los supuestos de análisis de la materia que tratamos, que no están exentos de dificultades, pues al debate que ya de suyo se deriva de la admisión de las acciones relativas al inicio de la vida, en las que confluyen no sólo argumentaciones

¹⁴³ Definición de MACÍA MORILLO, “*Responsabilidad perinatal*”, *cit.*, p. 1466.

¹⁴⁴ Entre los comportamientos activos que pueden causar estas lesiones se pueden citar, entre otros, aquellas conductas de la gestante que implican comportamientos de riesgo o hábitos de comportamiento que pueden dañar al feto (ente ellos, el consumo de tabaco, alcohol, y otras drogas, medicamentos desaconsejados, etc.). Entre los comportamientos omisivos cabe señalar, entre otros, la negativa de la gestante a tomar el tratamiento adecuado para su salud o la salud del feto (ingesta de medicamentos adecuados para el feto, transfusión de sangre), la negativa a ser intervenida en operaciones quirúrgicas o la negativa a dejar que se produzca una intervención en el feto para mejorar su salud o salvar su vida.

¹⁴⁵ Entre ellos, cabe señalar la infección de VIH/SIDA o de VHC, la hemofilia, la espina bífida...; a estas enfermedades y defectos se ha hecho referencia en el apartado I, 4.2.2 de este trabajo.

jurídicas sino también consideraciones éticas, morales y religiosas, además hay que tener en cuenta que estos supuestos se producen en el entorno familiar, el ámbito más íntimo de la persona, y afecta a las relaciones paterno-filiales, cuya regulación pertenece al Derecho de familia, que es la parte del Derecho civil que más peculiaridades presenta, precisamente por la naturaleza de las relaciones que regula.

3. Responsabilidad civil derivada de la transmisión prenatal de enfermedades o defectos por los progenitores al hijo.

3.1. La aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de familia. La existencia de impunidad en las relaciones familiares.

Como se acaba de indicar, en la responsabilidad derivada de daños ocasionados por los progenitores por transmisión de enfermedades o defectos a los hijos, los elementos subjetivos se circunscriben a dos sujetos: por un lado, los progenitores, tanto el padre como la madre, o, en su caso, ambos; y, por otro lado, el hijo, al que se causó el daño estando concebido pero aún no nacido.

La principal cuestión que se plantea en relación a la responsabilidad civil extracontractual en este supuesto es determinar si los descendientes a quienes los progenitores les han generado daños en su salud, bien en el momento de la concepción, o bien en un momento posterior durante la gestación, pueden exigir indemnizaciones por vía de dicha responsabilidad¹⁴⁶.

¹⁴⁶ La *Declaración de los Derechos del Niño* de 1959, señala, entre otros, dos pilares fundamentales para la protección de los menores: “que el interés superior del niño será la consideración fundamental para promulgar leyes y que tiene derecho a crecer y desarrollarse en buena salud”, pero marca el inicio de estos derechos en el momento del nacimiento, de la misma manera que lo hace la *Convención sobre los Derechos de los Niños*, aprobada por la ONU en 1989. Estimo, sin embargo, que si durante el embarazo no existe una protección adecuada del feto, pueden ocasionarse problemas que comprometan la supervivencia del mismo o desencadenen una afección grave de su salud; a pesar de que el feto no goce de personalidad jurídica propia y aunque no esté independizado del cuerpo de su madre, es indudable que ciertas conductas de ésta le pueden afectar generando daños; de modo que el problema que se plantea es cómo defender a la vez los derechos del feto a una salud completa, exenta de peligros, y la libertad de la madre de poder realizar conductas no delictivas pero que causan un riesgo evidente al feto; por ello, algunos autores se han planteado los límites de estas actuaciones de la madre en base a una pregunta que en si lo dice todo: “¿Derechos de los niños en contradicción con los derechos de las madres?”; véase el

Como establece el propio Código civil, los padres tienen el deber jurídico (art. 154.2, 1º CC) y moral (indiscutiblemente) de velar por sus hijos y, desde luego, si en algún momento los hijos han podido sufrir algún daño como consecuencia de una actuación culpable de los padres, éstos últimos deben hacer todo lo posible por reparar ese daño, pues nos encontramos en el seno de las relaciones familiares y en ese entorno la atención a los hijos y el interés de la familia son principios fundamentales (vgr. arts. 67 y 70 *in fine*, y 154.1 CC). Sin embargo, esta reparación que, en principio, debería nacer de forma espontánea en los progenitores, no puede dejarse al arbitrio de los mismos ya que puede darse el caso de que algunos padres no sientan ese amor filial (sobre todo si se trata de una filiación extramatrimonial sin ninguna o prácticamente ninguna convivencia entre progenitores e hijos). Si la reparación del daño se fundamentara en el sentimiento paternal de los progenitores hacia sus hijos dejaríamos al azar la reparación del daño ocasionado por éstos al hijo, estableciendo discriminaciones materiales entre situaciones que son iguales (pues unos hijos recibirían esa reparación de unos padres responsables mientras otros no la recibirían de padres que no albergan sentimientos filiales).

En el Código civil no existe ninguna norma que recoja expresamente esta posibilidad de que el hijo pueda plantear una demanda de responsabilidad civil a sus progenitores por daños ocasionados por transmisión de enfermedades o malformaciones, si bien es cierto que tampoco niega tal posibilidad.

Por lo que se cuestiona la posibilidad de acudir a la norma general del art. 1902 CC como fundamento de la reparación del daño producido a los hijos por los progenitores en estos supuestos¹⁴⁷.

trabajo a este respecto de MADRUCA TORREMOCHA, I., “Los derechos de los niños frente a los derechos de las madres”, *Panorama social*, núm. 10 (Segundo semestre), 2009, p. 89.

¹⁴⁷ Véase la referencia al Derecho comparado en SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. B., PÉREZ VALLEJO, A. M^a., *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Granada: Ed. Comares, 2012, pp. 15-21. En nuestro entorno más cercano, Francia e Italia tienen normas similares al art. 1992 CC; así el art. 1382 del Code civil francés establece: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”; por su parte, el Código civil italiano dispone en su art. 2043: “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”. En ambos países se ha producido una evolución, como en el Derecho español, del concepto de responsabilidad civil extracontractual contempladas en sendos preceptos en el sentido de que participando de la atipicidad

3.1.1. Debate doctrinal.

Al abordar la responsabilidad civil en estos supuestos, una de las primeras cuestiones que se plantea la doctrina es si en el seno de la familia y de las relaciones familiares¹⁴⁸ es posible el nacimiento de este tipo de acciones resarcitorias o debe excluirse de dicho ámbito el derecho de daños, debido al tipo de relaciones íntimas que en el seno de la misma se dan¹⁴⁹, que impediría que los sujetos integrantes de éstas fueran considerados como víctimas o causantes de daños, lo que, de dar una respuesta negativa determinaría las relaciones familiares como causa de impunidad¹⁵⁰.

Hay que señalar, sin embargo, que en el ámbito de las relaciones familiares existen casos en los que nace derecho a una indemnización, que ha sido reconocida por la jurisprudencia de nuestros tribunales¹⁵¹.

del ilícito civil se ha transitado hacia la atipicidad sustancial de los mismos, lo que ha permitido a la jurisprudencia y a la doctrina de dichos países aplicar la responsabilidad civil a los daños producidos en el ámbito de la familia, aunque con limitaciones.

¹⁴⁸ Véase sobre la concepción y la evolución del derecho de familia que aporta un punto de vista interesante HOYO SIERRA, I. A., “La responsabilidad familiar”, *Fundamentos de conocimiento jurídico. ¿Porqué se es responsable jurídicamente?* (Edtres. A. Sánchez de la Torre, I. A. Hoyo Sierra), Madrid: Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Ed. Dykinson, 2006, pp.65-82.

¹⁴⁹ En este sentido, ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2007, pp 20 y ss.

¹⁵⁰ En relación a los daños en el ámbito familiar, véase, entre otros, BARCELÓ DOMÉNECH, J., “El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar”, *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (Coord. Juan Antonio Moreno Martínez), 2012, pp. 79-128; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (ed.), *Daños en el Derecho de Familia*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, y “Daños en el Derecho de Familia: jurisprudencia reciente. Incumplimiento de deberes conyugales, nulidad de matrimonio, derecho de visitas”, *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 83, 2009, pp. 13-28; FERRER RIBA, J., “Relaciones familiares y límites del Derecho de daños”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. II, Madrid: Ed. Civitas, 2003, pp. 1837-1868; MARTÍN-CASALS, M., RIBOT IGUALADA, J., “Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LXIV-II, Abril 2011, pp. 503-561; ROCA TRÍAS, E., “La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, en *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio*, J.A. Moreno Martínez (Ed.), Madrid: Ed. Dykinson, 2000, pp. 533-563; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.^a, *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor, Navarra: Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2009; ROMERO COLOMA, A. M.^a, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Barcelona: Ed. Bosch, 2009; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.^a B., PÉREZ VALLEJO, A. M.^a, *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Granada: Ed. Cómares, 2012; VARGAS ARAVENA, D., *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid, La Ley, 2009.

¹⁵¹ En este sentido, resulta interesante la sentencia, citada reiteradamente por la doctrina, de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004, relativa a una demanda dirigida por un hombre contra

Esta tendencia de vincular la responsabilidad civil a los daños derivados de las relaciones familiares, sin embargo, es reciente, existiendo en principio un sector minoritario en defensa de la falta de inmunidad en el entorno familiar¹⁵², aunque parece que en los últimos tiempos se ha producido una tendencia en la doctrina y en la jurisprudencia a admitir dicha responsabilidad en el ámbito familiar¹⁵³.

su ex esposa y contra el verdadero padre de tres de los cuatro hijos nacidos durante el matrimonio del primero con su ex esposa. La sentencia distingue, por un lado, la cuestión de la infidelidad conyugal, respecto a la cual niega indemnización alguna y dice compartir plenamente la doctrina de las sentencias del Tribunal supremo de 22 de julio y 30 de julio de 1999 en cuanto al fundamento de su negativa. En cambio, respecto a la ocultación de la verdadera paternidad de los hijos presuntamente matrimoniales, concluye que los demandados incurrieron en “negligencia en sus relaciones íntimas”, ya que “conocían que los métodos anticonceptivos que utilizaban no eran seguros”. Además, les imputa una conducta dolosa consistente en ocultar la verdad sobre la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio, permitiendo que se inscribiesen en el Registro civil como hijos del demandante y que pasaran a formar parte de su familia, situación que mantuvieron durante más de seis años. La sentencia concluye condenando al pago de 100.000 € en concepto de daños morales al considerar que, en este tipo de casos, el “sufrimiento puede ser superior al de la muerte de los menores, al no poder elaborar el duelo como respuesta la pérdida sufrida”, y razona que, a pesar de la predisposición de los demandados a permitir que el demandante siguiese relacionándose con los niños, esta posibilidad difícilmente podía llevarse a la práctica. Esta misma línea argumentativa ha sido seguida en sentencias posteriores de la misma Audiencia Provincial de Valencia y de otros tribunales, condenando en ocasiones, junto a la ex esposa, al verdadero padre de los hijos atribuidos al demandante. Véase MARTÍN-CASALS, RIBOT IGUALADA, *ob. cit.*, pp. 516-517 y nota 52; y el análisis de esta jurisprudencia posterior en BARCELÓ DOMÉNECH, J., “El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar”, *cit.*, pp. 93-108.

¹⁵² Apunta ya esta idea ROCA TRIAS, *ob. cit.*, p. 539; en este sentido se manifiestan, entre otros, RODRIGUEZ GUITÁN, *ob. cit.*, p. 65; SALVADOR CODERCH, P., RUIZ GARCÍA, J. A., “Comentari a l’article 1”, en *Comentaris al Codi de família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mútua* (Coordrs. Joan Egea Fernández, Josep Ferrer Riba), Madrid: Ed. Tecnos, 2000, p. 63; FERRER RIBA, J., “Relaciones familiares y límites del Derecho de daños”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. II, Madrid: Ed. Cívitas, 2003, pp. 1854-1856; LLAMAS POMBO, E., “Divorcio y responsabilidad civil”, *Práctica derecho de daños* 25, 2005, pp. 3-6; NOVALES ALQUEZAR, M.^a A., “Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2006 (60), p. 206; aunque MARTÍN-CASALS, RIBOT IGUALADA, *ob. cit.*, pp. 524-528, consideran también que no cabe en el Derecho de familia la existencia absoluta de la denominada inmunidad, observan que deben realizarse precisiones y tener en cuenta la diversidad de situaciones que existen en las relaciones familiares; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, PÉREZ VALLEJO, *ob. cit.*, p. 7, estiman que en España los daños intrafamiliares han sido ocasionalmente tratados por la jurisprudencia, pero que considerando el principio de atipicidad del daño en nuestro ordenamiento jurídico, sería perfectamente resarcible al amparo del art. 1902 CC de no existir remedio resarcitorio específico.

¹⁵³ BARCELÓ DOMÉNECH, *ob. cit.*, pp. 79 y 81, señala que, aunque aún planea la duda de si la responsabilidad civil es conveniente para este tipo de relaciones, los casos sobre los que se han pronunciado nuestros tribunales ya son una realidad incuestionable, pues la familia ya no puede amparar determinados comportamientos dañinos y la jurisprudencia ha entendido que sí cabe presentar una demanda al amparo del art. 1902 CC reclamando indemnización por daños sufridos en determinadas situaciones, y señala, entre otros, la ocultación al otro cónyuge de la verdadera filiación de los hijos, la interferencia en las relaciones paternales filiales y el contagio de enfermedades entre cónyuges. Este elenco de casos se amplía en los estudios que realizan MARTÍN-CASALS y RIBOT y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, PÉREZ VALLEJO en las obras citadas.

Como es sabido, la familia, considerada como grupo social básico, está protegida constitucionalmente en el art. 39, que establece en su número primero que “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”, disponiendo en los números siguientes el principio de igualdad de los hijos, con independencia de su filiación, frente a sus progenitores y la protección integral de los mismos, imponiendo a los padres el deber de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”, finalizando con la referencia a que “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

En este sentido, la familia es considerada como la célula básica de la sociedad, a la que se dispensa una protección especial que se otorga en la Constitución y que se concreta en la legislación ordinaria de desarrollo en diversos ámbitos jurídicos.

Principios fundamentales que parecen presidir la familia son los de solidaridad y reciprocidad, donde los individuos obtienen un nivel de protección básica e inmediata y donde se procura el libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los miembros que la componen (art. 10 CE).

Por ello, la protección de los derechos de la familia es una pieza fundamental para el funcionamiento de la sociedad como tal, de manera que se puede afirmar, como algunos autores señalan, que es la columna vertebral de la misma¹⁵⁴.

A causa de lo dicho, parece que aplicar los principios que rigen el Derecho de daños al ámbito familiar vulnera la protección de la familia y los fundamentos que la sostienen.

Debido a estas consideraciones, la doctrina no es unánime a la hora de admitir el derecho de daños en el ámbito familiar, debate en el que, además de la óptica jurídica,

¹⁵⁴ Así, ÁLVAREZ TORRES, O. M., “¿Por qué la desjudicialización de los asuntos de familia?”, *vLex International*, núm. 6, 2011.

influyen también otras consideración no jurídicas, como los puntos de vista éticos, morales y religiosos.

Al respecto, existen varias posturas doctrinales que fundamentalmente se podrían aglutinar en dos grandes grupos: la posturas que niegan el nacimiento de estas acciones resarcitorias en el ámbito familiar y aquellas que la admiten, aunque con ciertas limitaciones. Posturas que se han proyectado, inclusive, en las relaciones paterno-filiales, negando o admitiendo la posible responsabilidad de los progenitores por daños efectuados a los hijos.

En esta cuestión concreta las argumentaciones que se han esgrimido son las siguientes:

a) Posturas contrarias a la existencia de acciones resarcitorias para el hijo derivadas de la responsabilidad de los progenitores por daños ocasionados a los mismos en la procreación o durante la gestación.

En general, hay una corriente doctrinal, especialmente entre los autores hispanoamericanos, que defiende, amparada en lo que se denomina ámbito de la *pietas familia*, que los daños causados por un miembro de la familia a otro miembro de la misma, en relación con derechos familiares que se han violado o con deberes familiares que no han sido satisfechos, no deben generar acciones resarcitorias entre los mismos. Ello se justifica, en particular en los casos de transmisión de enfermedades y malformaciones a los hijos, en que “la dinámica del derecho de daños, puesta en juego sin discriminar suficientemente las circunstancias acarree peligro para los intereses generales depositados en la persistencia y estabilidad de la institución familiar”¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Así, MÉNDEZ COSTA, M^a. J., “La Pietas Familiaee en la responsabilidad Civil”, *Libro Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg* (Dtores. Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto), Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1995, p. 526. . En el mismo sentido, TOBIAS, J. W., “Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de los hijos contra los padres por transmisión de enfermedades”, *La Ley*, 1984, Buenos Aires, p. 563, quien fundamenta la exclusión de la responsabilidad civil “aún cuando sostuvieran la hipótesis de concurrencia de los requisitos del daño y la antijuridicidad”, dado que es en estas circunstancias donde según los autores la desgracia del hijo de haber nacido con enfermedades o malformaciones, “convoca todo el amor y todo el esfuerzo a su alrededor”.

Otros autores niegan la indemnización por causa de estos daños partiendo de la premisa de la licitud de las relaciones íntimas de los esposos¹⁵⁶ y del derecho a la planificación de la descendencia en base a su intimidad familiar, de manera que admitir responsabilidad civil en estos casos quebraría los principios de solidaridad y de intimidad para calificar de ilícitas dichas relaciones, pese a que, como consecuencia de las mismas, naciera un hijo con enfermedades graves, puesto que por muy graves que sean estas enfermedades los padres siempre dan un don mayor que es la vida¹⁵⁷.

Por ello, algún autor afirma que las taras hereditarias deben quedar al margen de la responsabilidad civil de los padres en tanto la ciencia no ponga a su disposición la posibilidad de poder eludir la transmisión por herencia de malformaciones o disfunciones, sin necesidad de abortar o abstenerse de procrear, puesto que en caso de aceptar la reparación se constituiría un supuesto de eugenesia negativa y supondría una limitación al derecho de procrear¹⁵⁸.

Estos autores apuntan, además, otras cuestiones a tener en cuenta, como quien estaría en condiciones de determinar qué enfermedades son graves o no, por qué las enfermedades graves merecen reparación y si son menos graves no la merecen, y por qué no se puede reclamar a los padres por la transmisión de ciertos caracteres que, sin ser patológicos, someten al menor a determinadas desventajas de orden social¹⁵⁹.

Hay que señalar que estas cuestiones se corresponden con los límites que otros sectores doctrinales apuntan también para fijar el nacimiento de dicha responsabilidad.

¹⁵⁶ SALAS SALAZAR, C., *El derecho fundamental a la reproducción en la Constitución Española*, Tesis doctoral, Ed Académica Española, Universidad de Castilla la Mancha, 2008, quien señala que en este sentido, las personas tenemos tanto el derecho para adoptar decisiones reproductivas, como el derecho para manifestarlas y ejecutarlas; por lo cual las opciones reproductivas, en tanto ejercicio de un derecho de libertad, son el reflejo de una autonomía decisoria en torno a la descendencia, que protege la autodeterminación directa en la reproducción de los seres humanos.

¹⁵⁷ SAMBRIZZI, E. A., “Reclamo a los padres de indemnización por la transmisión genética de enfermedades graves”, *Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales*, Tomo IV, La Ley, 2006, p. 781.

¹⁵⁸ Así, MAKIANICH DE BASSET, L. N., “Daño genético. Luces y sombras de la doctrina de la inmunidad parental”, en *Libro Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg* (Dtores. Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto), Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1995, p.165.

¹⁵⁹ Así, MEDINA, G., HOOFT, I., “Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural” (jurisprudencia italiana, norteamericana y Canadiense), *Daños en el Derecho de familia*, Buenos Aires-Santa Fé: Ed. Ruinza-Culzoni, 2002, p. 310.

Por último, existe otra sector doctrinal que entiende que no sería posible el nacimiento de la responsabilidad civil por daños de los progenitores a los hijos porque cuando se produce el daño durante la concepción o durante la gestación el sujeto que puede recibir la indemnización no es persona a efectos civiles, y, por tanto, carece de personalidad jurídica y de la titularidad de derechos, haciendo una interpretación estricta de lo que establece el Código civil en sus arts. 29 y 30. Sin embargo, ésta es una vertiente minoritaria que cada vez está más en desuso¹⁶⁰, principalmente como consecuencia del valor que a la vida e integridad física del feto ha otorgado el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985.

b) Posturas a favor de la existencia de acciones resarcitorias para el hijo derivadas de la responsabilidad de los progenitores por daños ocasionados a los mismos en la procreación o durante la gestación.

Frente a las anteriores posturas, existen, sin embargo, otros autores que estiman que el art. 1902 CC resulta aplicable a todos los daños que son causados a una persona cuando no tengan prevista una redacción específica en el ordenamiento jurídico, y, por tanto, también a los que se produzcan en el seno de la familia, en tanto reúnan los requisitos de daño típico o atípico reparable. Ello no obsta a que algunos autores señalen que esta aplicación del art. 1902 CC en el ámbito de la familia debe presentar forzosamente importantes particularidades¹⁶¹. Según estos autores se debería delimitar

¹⁶⁰ El Código civil sigue en cuanto al momento en el que comienza la personalidad jurídica, o sea, la atribución de derechos al ser humano, el sistema romano, siendo uno de los pocos Códigos que formula de forma expresa el principio de la protección jurídica al concebido. Como ya se ha indicado en el apartado I de este trabajo, a tenor de lo dispuesto en el art. 29, prop. 1ª CC: "El nacimiento determina la personalidad"; añadiendo el art. 30 CC que: "La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno"; aquí el legislador incurre en una notable imprecisión terminológica, pues un ser vivo es un feto mientras permanece en el claustro materno, y deja de serlo desde el momento del alumbramiento, para pasar a ser persona, si nace vivo, o criatura abortiva, si nace muerto. El nacimiento del que habla el CC exige unos requisitos para que produzca efectos civiles (determinación de la personalidad jurídica). Dichos requisitos son los siguientes: separación completa del claustro materno: este requisito es el esencial, y significa que es necesaria la rotura del cordón umbilical, como se desprende de la expresión "entero desprendimiento del seno materno", pues mientras no se produzca esa rotura el nacido sigue estando unido a la madre y no puede ser considerado como un ser de vida independiente; y que el feto nazca vivo: ello es obvio, pues si el feto nace muerto, tiene la consideración, en el campo del Derecho civil, de no nacido, y se inscribe en concepto de tal en el Registro Civil, según el artículo 171 de su Reglamento que dice que: "Se entiende por criaturas abortivas las que no reúnen las circunstancias exigidas para que un feto se reputa nacido a los efectos civiles".

¹⁶¹ En este sentido, NOVALES ALQUEZAR, M. A., "Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el derecho de familia", *Revista jurídica del notariado*, núm. 60, 2006, p. 205; SAINZ-CANTERO

una verdadera responsabilidad civil en derecho de familia porque, como han afirmado Martín-Casals y Ribot, “las opiniones doctrinales que alientan abrir las puertas de indemnizaciones por daños en conflictos de índole familiar, se apoyan en criterios muy endebles, tanto desde el punto de vista del Derecho de Familia como del Derecho de Responsabilidad Civil. En la mayoría de casos, obviando elementos esenciales de la responsabilidad civil, alcanzan resultados que contradicen principios básicos que han guiado la evolución del derecho de familia”¹⁶².

En los últimos tiempos, se reitera, se ha venido asistiendo a un abandono de la consideración de la inmunidad familiar en favor del reconocimiento y aplicación del Derecho de daños a las relaciones jurídicas de tipo familiar, inmunidad que venía protegiendo a la familia con la finalidad de no alterar la paz del grupo, y que, como señala algún autor, se ha empezado a cuestionar, hasta el punto en que hoy, como mucho, se tiende a sustituir las inmunidades por privilegios¹⁶³. Pues se estima en la actualidad que la familia no es titular de un interés autónomo, superior al pleno y libre desarrollo de las personas individuales que la componen, y no hay que entender que exista un interés superior de la familia, al que se refiere el Código civil en diversos artículos (vgr. arts. 67, 70 CC), supraindividual, de naturaleza pública, en el que amparar la falta de responsabilidad civil en el seno de la familia; aunque sea cierto que en el seno de la misma priman, o deberían primar, acciones de colaboración, de solidaridad y de reciprocidad, estos principios no deberían ser argumento decisivo para negar el nacimiento de la responsabilidad civil en el ámbito familiar. El rechazo a admitir la posibilidad de ejercitar acciones jurídicas en este ámbito parece evidenciar que el concepto de familia, arrastrado históricamente, choca frontalmente con el ejercicio de cualquier acción de reclamación intrafamiliar, ya que la familia se entiende como un bien común superior basada en la solidaridad, lo que en cierta forma evitaría que se reclamara internamente dado que la indemnización de toda reclamación saldría del mismo patrimonio.

CAPARROS, M^a. B, *Práctica de derecho de Daños*, núm. 121, Sección estudios, 2014, Ed. La ley, 6602/2014, p. 6.

¹⁶² MARTÍN-CASALS, RIBOT, “Daños en el Derecho de familia: un paso adelante dos atrás”, *cit.*, pp. 503 y 524.

¹⁶³ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., “Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores”, en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. J.A. Moreno Martínez), Madrid: Ed. Dykinson, 2012, pp. 247-293.

Sin embargo, en el último tercio del siglo XX y primer tercio del presente, se ha producido una evolución social de la familia, y, por ende, del Derecho de familia, a la par que una transformación del Derecho de daños.

Como ya se ha indicado anteriormente, se ha producido un cambio en cuanto a la función que la sociedad exige de esta institución, de manera que se ha pasado de una concepción originaria en que la responsabilidad civil se situaba como excepción -frente a la regla general de que el daño que sufre una persona sólo se puede imputar a otra cuando existe un motivo suficiente que lo justifica-, a la idea de que la responsabilidad ha de servir como vía para reparar cualquier revés o contrariedad que experimente un individuo, sea o no atribuible a un comportamiento culpable de otro”¹⁶⁴, lo que ha influido en el propio concepto de daño ampliándolo, incluyendo en él las lesiones a nuevos tipos de intereses jurídicamente protegidos por el ordenamiento jurídico¹⁶⁵, e implica la búsqueda sistemática de un responsable¹⁶⁶.

El único motivo por el cual se plantea o no la efectividad del principio que preside la responsabilidad civil, la reparación del daño causado, es que, en el caso que tratamos, ese tercero al que se le ocasiona el daño es el hijo, y la actuación dañina se produce en el ámbito del derecho de familia.

La cuestión sería determinar, como apunta Sainz-Cantero, “qué circunstancias deben concurrir en el daño producido en familia para que la carga de repararlo se traslade del que lo sufre a otro sujeto”. La inexistencia de una norma excluyente de la aplicación del régimen general de responsabilidad se erige como primer fundamento para declarar resarcible los daños familiares. Y dicha autora apunta, como ejemplo de

¹⁶⁴ MACÍA MORILLO, “Responsabilidad perinatal”, *cit.*, p. 1451.

¹⁶⁵ Como señala Díez-PICAZO, L., “La responsabilidad civil hoy”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979, p. 728, la conciencia imperante en la época de la Codificación, conforme a la cual el daño se veía como un castigo de Dios por los pecados cometidos o como prueba del temple del alma de la víctima, parece cambiar a raíz de la Revolución Industrial, por lo que a partir de ese momento “la indemnización adquiere el aspecto de un verdadero imperativo social. Se impone, como una exigencia ineludible, la necesidad de otorgar una protección y una defensa más vigorosa a la persona”.

¹⁶⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate”, en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana* (Coords. R. de Ángel Yágüez y M. Yzquierdo Tolsada), Madrid: Ed. Dykinson, 2001, p.232.

tales situaciones, la cuestión que atañe al presente trabajo, es decir, si deben ser responsables civiles los padres por la enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural y artificial, pero etiqueta la citadas responsabilidades dentro del contenido de las acciones *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*, lo que demuestra la dificultad existente para delimitar el ámbito y límites de las citadas acciones¹⁶⁷.

Otros autores, como Vargas Aravena, por el contrario, delimitan y diferencian las anteriores acciones distinguiendo “supuestos de paternidad responsable, la protección al *nasciturus*, la situaciones de injusta concepción, nacimiento y vida, la responsabilidad de los padres por enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural, o por el no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial, o por el incumplimiento del régimen de visitas”¹⁶⁸. Señala el autor que “en España es imposible sostener la existencia de un principio de inmunidad familiar, que permita la total exención de la aplicación de las normas de responsabilidad civil por los daños causados entre si por los miembros de una familia”¹⁶⁹, y apunta como los anteriores que la cuestión es “si los daños causados entre cónyuges deben someterse a las reglas comunes de responsabilidad civil (que obligan, como es sabido, a reparar cualquier daño, corporal, patrimonial o moral, imputablemente ocasionado) o, por el contrario, existen razones que llevan a excluir, atenuar o modificar su aplicación”¹⁷⁰.

En el sentido que señala Vivas Tesón¹⁷¹ se puede afirmar que “al ingresar en esta (refiriéndose a la familia) la persona no ha de despojarse de los derechos y libertades fundamentales que le son reconocidos y garantizados por la norma Suprema. Nos situamos, pues, en una visión constitucional de la familia. Es el respeto a la dignidad y personalidad de cada componente familiar lo que constituye un derecho inviolable cuya lesión por parte de otro miembro de la familia, al igual que por parte de un tercero extraño a ella, se convierte en el presupuesto lógico de la responsabilidad civil”.

¹⁶⁷ SAINZ CANTERO, *ob. cit.*, p. 12.

¹⁶⁸ VARGAS ARAVENA, D., *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid: Ed. La Ley, 2009, p. 29.

¹⁶⁹ El legislador ha regulado algunos supuestos particulares del Derecho de familia, alimentos entre cónyuges, desheredación entre cónyuges, revocación de donaciones, administración del ganancial, etc.

¹⁷⁰ VARGAS ARAVENA, *ob. cit.*, p. 39.

¹⁷¹ VIVAS TESÓN, I., “Damage in family relationships”, *Pensar, Fortaleza*, vol. 17, núm. 2, 2012, pp. 531-532.

Continúa la autora afirmando que visto de este modo, “el bien jurídico protegido es un derecho constitucional cuya tutela es reconocida *erga homens*, independientemente de que exista una relación familiar entre los sujetos implicados, pues la defensa de los derechos fundamentales que corresponde a cada individuo no puede ser desconocida solo porque la lesión o la agresión a tales derechos provenga de un sujeto ligado a aquel por un vínculo familiar. De acuerdo con ello, el daño no deriva directamente de la mera violación de un deber (...), sino de la gravedad de la conducta, tal de comportar una lesión de un derecho absoluto, fundamental e inherente a la persona (con independencia de su status familiar) de rango constitucional, la cual justifica la condena resarcitoria”¹⁷².

Más, concretando el resarcimiento de los daños al ámbito de las relaciones paterno-filiales, se podrían señalar los siguientes supuestos, siguiendo a Martín-Casals y Ribot¹⁷³, en los que el hijo podría reclamar indemnizaciones por los daños que sus progenitores les hubiesen causado, aunque se advierte que los grupos de casos se refieren a cuestiones muy diferentes entre sí, por lo que su agrupación resulta difícil y arriesgada, aunque señalan los autores que una posible clasificación de los supuestos señalados por la doctrina que defiende la aplicación de la responsabilidad civil al ámbito familiar iniciada por la jurisprudencia podría ser la siguiente:

a) Supuestos tipificados como delito o falta en el Código Penal, como, por ejemplo, el homicidio o las lesiones infligidas al propio hijo (o que un progenitor no impide cuando son perpetrados por el otro o por su propia pareja) (art. 147.1 CP); la muerte o lesiones producidas intencionalmente al hijo antes de nacer (arts. 157 y 158 CP), y el abandono de un menor de edad, incluso aunque no ponga en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual (cfr. art. 229.1 CP en relación con el 229.3 CP).

b) Supuestos relacionados con la violación de derechos de la personalidad de los hijos menores, como la libertad, la integridad moral, el honor, la intimidad o la propia imagen, que en ocasiones están tipificados como delito o falta por el Código Penal, pero

¹⁷² En este sentido, la STS de 30 de junio de 2009 reconoce la posibilidad de daños por culpa extracontractual en el ámbito de las relaciones subsiguientes a una crisis matrimonial, manteniendo que la responsabilidad aquiliana en el interior de la familia no resulta por sí misma excluida.

¹⁷³ MARTÍN-CASALS, RIBOT IGUALADA, *ob. cit.*, pp. 511-513.

en otros casos no. Dichos autores se plantean hasta qué punto el cumplimiento por los progenitores de los deberes como titulares de la patria potestad (establecidos en el art. 154 CC) puede llegar a legitimar la intromisión en el ejercicio de los citados derechos de los hijos, excluyendo la responsabilidad de los padres.

c) Supuestos relacionados con la procreación del menor, como el contagio o transmisión hereditaria de enfermedades al hijo y que los padres conocían y no evitaron transmitir, los daños causados por el descuido de las atenciones médicas o sanitarias que requiere el embarazo, o llevar a cabo actividades de riesgo o desaconsejadas para la salud del feto (vrg. fumar en exceso, ingerir alcohol, tomar drogas, mantener relaciones sexuales de riesgo, etc.).

d) Supuestos referidos a los daños vinculados a las vicisitudes de la relación paterno-filial. En el aspecto jurídico de la relación, se podrían incluir los posibles daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial, o hacer creer al hijo que su padre es el marido de la madre a sabiendas de que no lo es. En el aspecto material de la misma, se incluiría el daño vinculado a la carencia afectiva sufrida por el hijo extramatrimonial por contraposición a las atenciones y cuidados recibidos por sus hermanos nacidos en el matrimonio de su progenitor.

e) Por último, la doctrina incluye también supuestos relacionados con el ejercicio de la patria potestad, como el cumplimiento defectuoso del deber de velar por los hijos que da lugar a accidentes en casa o durante su actividad cotidiana, o la desidia o incompetencia de los padres en el ejercicio de su deber de educar, que podría estar detrás de graves carencias formativas que perjudicasen las posibilidades del hijo de insertarse en la sociedad y de relacionarse con los demás. Otros supuestos que se señalan en este ámbito son el ejercicio excesivo o abusivo de la facultad paterna de corrección (recientemente suprimida del CC), o el trato vejatorio o poco respetuoso con la dignidad del hijo como persona, pero también la relación fría y carente de diálogo y empatía para con los propios hijos o la ausencia de relación con el hijo tras la separación de los progenitores, bien por dejación de sus deberes por el propio progenitor bien por impedirlo el progenitor custodio. Finalmente, ya en el ámbito patrimonial, se menciona la gestión defectuosa de los padres en su calidad de administradores legales de los bienes de sus hijos menores (cfr. art. 168, párr. 2º CC).

Según Martín-Casals y Ribot “no rige ningún tipo de inmunidad o privilegio que comporte excluir de entrada la posibilidad de reclamar contra los propios progenitores si los daños sufridos por el hijo les son imputables, tanto con ocasión del ejercicio de sus responsabilidades parentales como si esos daños son resultado del contacto social que es propio de las relaciones entre padres e hijos. Por consiguiente, nada impide en teoría dirigir una acción de responsabilidad en nombre de los hijos menores por los daños causados intencionalmente o por culpa por alguno de sus progenitores”¹⁷⁴. Si bien es cierto que estos autores apuntan, después de afirmar que las relaciones familiares no son impedimento legal para el nacimiento de responsabilidad civil y del exhaustivo discernimiento clasificatorio anterior, que también es cierto que dichas acciones al entablarse dentro del ámbito familiar, por razón de la convivencia, parafraseando a los propios autores, sería como “tirarse piedras al propio tejado”¹⁷⁵.

Aunque la observación general que realizan estos autores se hace para todos los casos de la clasificación expuesta, hay que advertir que, para la materia tratada en este estudio, no interesan todos los supuestos sino tan sólo algunos de los señalados; concretamente, en los casos expuestos en el apartado a) interesan los daños producidos por lesiones al hijo antes de nacer, que en nuestro Derecho se configuran como delito de lesiones al feto, regulado en los arts. 157 y 158 del CP; y en los supuestos consignados en el apartado c), referidos a los daños relacionados con la procreación del menor, ya que en ambos casos nos encontramos ante daños ocasionados a un concebido no nacido. Pues los apartados b, d y e se refieren a daños causados a un menor ya nacido.

3.1.2. Admisión de la responsabilidad civil en los distintos supuestos de daños ocasionados al hijo por transmisión de enfermedades por los padres.

A la vista de los daños que se pueden ocasionar al concebido no nacido por sus progenitores, hay que recordar que se pueden distinguir diversas situaciones a las que ya se han aludido: daños ocasionados en el momento de la procreación del hijo, daños producidos durante la gestación por falta de cuidados médicos, y daños producidos durante la gestación por actividades peligrosas para la salud o la vida del feto.

¹⁷⁴ MARTÍN-CASALS, RIBOT, *ob.cit.*, pp. 547-548.

¹⁷⁵ MARTÍN-CASALS, RIBOT, *ob.cit.*, p. 548.

A) Daños ocasionados en el momento de la procreación.

Este supuesto hace referencia al caso en el que los padres padecen enfermedades o defectos en el momento de la concepción del hijo, que son previsiblemente heredables por su descendencia¹⁷⁶. En este caso, los progenitores van concebir hijos con el conocimiento pleno de que hay un riesgo sustancial de que los hijos hereden las deficiencias o malformaciones que padecen.

En tal situación, el hijo no tiene opción de nacer sano, por lo que la alternativa es nacer enfermo o no nacer. Y aún así, los padres deciden concebir pese al riesgo de que la enfermedad o el defecto puede transmitirse a la descendencia o resuelven continuar con el embarazo, no interrumpiéndolo, conociendo que el feto se encuentra afectado ya de tales enfermedades o defectos.

Esta cuestión se encuentra entrelazada con el derecho a la procreación de las personas¹⁷⁷, a la que la doctrina ha prestado cierta atención, interrelacionándola especialmente con la procreación mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Véase *supra* el apartado I, 4.2.2, en donde se hace referencia al repertorio de enfermedades transmisibles y hereditables de padres a hijos, así como a los medios de prevención para impedir dicha transmisión.

¹⁷⁷ ABELLÁN GARCÍA, F., “Derecho a la procreación (jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T I, (Dr. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, 2011, pp. 569-577, señala que este derecho a la procreación se puede contemplar desde una perspectiva genérica dentro de los derechos sociales o de tercera generación o desde una perspectiva biotecnológica como una parte de los derechos de la cuarta generación.

¹⁷⁸ Entre otras obras, véanse ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., “Diagnóstico genético embrionario y libertad reproductiva en la procreación asistida”, *Revista de Derecho y genoma humano*, 2006 (25), pp. 21-54; CRISTOFARI, F., “Autodeterminación en las decisiones procreativas: identidad de género y familia”, *Medicina y ética: Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, Vol. 20, núm. 3, 2009, pp. 231-254; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)”, *Diario La Ley*, núm. 6161, 2005; GAMBINO, G., “El moderno "derecho al hijo". Reflexiones biojurídicas a partir del juicio de las dos madres del Rey Salomón” *Medicina y ética: Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, Vol. 25, núm. 2, 2014, pp. 215-234; GODOY, O.,

Se ha cuestionado si el derecho a la procreación es un derecho subjetivo o una expresión de la libertad personal. Lo cierto es que en la Constitución Española este pretendido derecho no está recogido en la misma o, por lo menos, no lo está de manera explícita. Aunque estima la doctrina que la procreación está ligada a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), entendido éste como un principio constitucional que significa la autonomía de la persona para elegir, libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con las propias preferencias, interrelacionando estos principios con el derecho a la intimidad de la persona (art. 18 CE). De esta manera, cabría señalar como contenido de esta libertad no solo la decisión de tener o no tener hijos sino también la decisión acerca del número de ellos que se desean, de si se desea una reproducción natural o artificial, etc.

Señala De Verda que en este caso, “la opción vital es concebir, o no, un hijo, decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano. La libertad de procreación significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión (concebir o no un hijo) sustraído a la injerencia estatal, pero de esta libertad no se desprende un derecho a exigir a los poderes públicos que éstos hagan efectiva la pretensión de tener hijos”¹⁷⁹.

En referencia concreta a los daños ocasionados al concebido no nacido en relación con la procreación en el ámbito civil, hay que señalar que existen posturas doctrinales que se contraponen. De hecho, las acciones de procreación irresponsable han

“Derecho a la procreación versus derecho a la filiación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 2003 (1), pp. 193-206; GONZÁLEZ RIBAS, M^a. C., “¿Validez moral de la fecundación 'in vitro'? el derecho a la procreación, una cuestión de racionalidad”, *Cuadernos de realidades sociales*, núms. 37-38, 1991, pp. 197-206; MEDINA, G., “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de procreación”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2014 (1), pp. 53-58; MIRANDA CANALES, M. J., “La procreación artificial, un problema para el Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2001 (4), pp. 389-395; SOPENA MOÑINO, C., “¿Derecho a la procreación o legítimo deseo de ser padres?: a propósito del auto de 13 de mayo de 2003 del juzgado de primera instancia nº 13 de Valencia”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, 2003 (7), pp. 127-136; VIDAL MARTÍNEZ, J., et alii, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada: Ed. Comares, 1998.

¹⁷⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, “Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)”, *cit.*, p. 1.

sido rechazadas generalmente en la mayoría de los países en los que se han planteado, a partir de argumentos tales como el desequilibrio que ocasionan en el entorno familiar¹⁸⁰.

No obstante, existe un precedente de referencia en la jurisprudencia italiana. Se trata del evento contemplado en la conocida sentencia de 31 de julio de 1959 del Tribunal de Piacenza (Italia), en la cual se consideró el caso de una demanda interpuesta por una hija contra su padre por haberle transmitido una enfermedad infecto-contagiosa (concretamente, sífilis) a través de la procreación natural; el demandado había contagiado de sífilis por vía sexual a una empleada con quien mantuvo relaciones, fruto de las cuales nació una hija a quien se transmitió dicha enfermedad. El Tribunal falló a favor de la hija pues estimó que la transmisión de dicha enfermedad, fuera de forma dolosa o culposa, se encontraba contemplada en el art. 554 del Código penal italiano como delito, mientras que el art. 2043 lo contemplaba como delito o cuasidelito civil. Y señalaba que efectivamente la vida es un gran don, pero se convierte en fuente de infelicidad cuando una enfermedad, como la del caso planteado, condiciona el desarrollo de la misma. Asimismo, consideraba que si la transmisión de una enfermedad a una persona ya nacida se consideraba un acto ilícito no se veía razón alguna para no considerarlo de la misma manera cuando se trataba de transmitir dicha enfermedad a una persona futura (el concebido)¹⁸¹.

En estos casos, un sector de la doctrina estima que la procreación constituye un modo de acción que a primera vista es descuidado, inhumano y moralmente irresponsable. Se considera que el hecho de querer procrear cuando se sabe anticipadamente -incluso antes del embarazo- que la descendencia nacerá con graves anomalías o enfermedades genéticas, es un acto irresponsable por parte de los progenitores¹⁸².

¹⁸⁰ Véanse en torno al tema, RUÍZ LARREA, N., “El daño de procreación”: ¿un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?”, *La Ley*, 1998 p. 2039; NOVELLINO, N. J., “Responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos”, en *Derecho de daños. Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2000, p. 24; ROCA TRIAS, E., “La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, *cit.*, pp. 539 y ss.

¹⁸¹ Véase la sentencia en Foro italiano, 1951-1-992.

¹⁸² Así se manifiesta EMALDI CIRIÓN, *ob. cit.*, pp. 735-736, quien señala que hay autores que consideran que “no todos los tipos y calidez de vida han de ser ciegamente preservados, incluso consideran que el nacimiento en ciertas circunstancias puede suponer un perjuicio no solo para el hijo en sí, sino también para el resto de la sociedad”, e indica tres planos sobre los que se puede situar el perjuicio que provoca el nacimiento de un ser disminuido: el del propio niño aquejado de este padecimiento, que provoca sufrimientos tanto para si mismo como para su familia; el del Estado, que tiene que soportar los

Surge, pues, en estos caso un conflicto de intereses entre los derechos de la pareja de procrear y formar una familia y el derecho del hijo a nacer sano. Pero, de la misma manera que legalmente no se puede obligar a los padres a que no tengan descendencia, no se puede obligar a los hijos a demandarles civilmente por las anomalías o enfermedades con las que nació amparándose en el principio *alterum non laedere*.

Diversos son los argumentos que se han esgrimido para negar la posibilidad de acciones resarcitorias en este supuesto.

Algunos autores entienden que en este caso no existe una situación previa de salud que haya sido modificada por los padres. Es decir, es en el momento en el que se concibe al hijo en el que se le trasmite la carga genética de la que son portadores sus progenitores, lo que, en definitiva, es producto del azar y no de la voluntad de los propios progenitores¹⁸³. En estos casos, señala la doctrina que la alternativa a ser enfermo es no nacer¹⁸⁴.

Otros autores estiman que para que se pueda exigir esta responsabilidad la ley debería contemplar la ilicitud de las relaciones sexuales entre progenitores que puedan transmitir enfermedades o defectos a sus hijos¹⁸⁵.

gastos derivados de tal situación, y el de la humanidad, si llega a procrear el portador de una tara habiendo posibilidad de transmitirla y, por tanto, de comprometer el patrimonio genético de la familia y de la humanidad. Aunque la propia autora descarta los dos últimos planteamientos, afirmando que efectivamente no siempre ha de preservarse toda vida humana sino que ha de mantenerse cierto nivel de calidad de vida, fundamentando tal afirmación en el respeto a la dignidad humana y el principio de *alterum non laedere*.

¹⁸³ En este sentido se pronuncia MOSQUERA VÁZQUEZ, C., *Derecho y Genoma humano*, San Marcos, Perú, 1997, p. 85, que señala que si la enfermedad genética es producto del azar “mal puede un hijo pedir una indemnización a sus padres que le han dado el bien mas valioso que existe sobre la tierra: la vida”.

¹⁸⁴ TOBÍAS, J. W., “Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de hijos contra padres por la transmisión de enfermedades”, en *La Ley*, Buenos Aires, 1991-A-950 ss, quien apunta que la alternativa a no nacer defectuoso es “no nacer”.

¹⁸⁵ En este sentido ZANNONI, E., Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida), *Derecho de daños. Libro Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, 1989, pp. 619 y ss, quien señala que “de considerarse ilícita la relación sexual entre personas que pueden potencialmente transmitir a su hijo taras genéticas o enfermedades infecciosas o hereditarias el estado debería impedirlo por ley. (...) y por esta vía se podría justificar la esterilidad compulsiva de miles de seres humanos con riesgos de transmitir afecciones graves a su prole”.

Otro sector de la doctrina considera que el ejercicio de estas acciones resarcitorias por los hijos supondría la privación a éste de la atención de los padres¹⁸⁶.

Hay algún autor que estima que los padres no pueden ser responsables de dicha transmisión en cuanto no se ponga a su disposición la posibilidad de evitarlas sin tener que abstenerse de procrear o de abortar, en cuyo caso solo procedería la obligación de reparar si se configura culpa o dolo¹⁸⁷.

Más, esta negativa a admitir la posibilidad de ejercitar las acciones resarcitorias se circunscribe al supuesto de que se produzca el daño en el momento de la concepción natural de manera consciente y voluntaria por parte de ambos progenitores. La actitud no podría ser la misma si en dicha procreación existiere dolo por parte de alguno de los progenitores¹⁸⁸ o cuando dicha procreación hubiese sido producto de una relación sexual no consentida o de una violación.

Una variante dentro del supuesto de daños ocasionados en el momento de la procreación, sería que fuera durante el embarazo cuando las pruebas médicas detectaran la malformación o la transmisión de una enfermedad de la que no se sabían portadores los padres. En este caso parece que no puede existir responsabilidad dado el desconocimiento de dicha transmisión por parte de los progenitores.

Pese a que el resultado va a ser el mismo (el niño va a nacer si el embarazo llega a su término con una enfermedad o defecto en los dos casos), hay que señalar que en el segundo supuesto se entiende que *ab initio* los progenitores no fueron conscientes de haber asumido riesgo alguno. Podrían, sin embargo, recurrir a la interrupción del

¹⁸⁶ En el mismo sentido SAUX, E., GUERIN, M^a. E., “El daño genético”, *Libro de Ponencias del Congreso Internacional “La persona y el Derecho en el fin del siglo”*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, 1996, p. 133, que señalan que la interposición de demandas en este sentido del hijo frente a los padres “importará en los hechos la privación al menor enfermo o discapacitado de lo que para él resulta su bien maspreciado: el afecto, el cuidado y atención que ellos podrían brindarle”.

¹⁸⁷ MAKIANICH DE BASSET, L. N., “Daño genético. Luces y sombras de la doctrina de la inmunidad parental”, *cit.*, 1995, p.165.

¹⁸⁸ En nuestra jurisprudencia se ha contemplado un caso, en el ámbito penal, en el que el padre transmitió la infección VIH/SIDA a su pareja, y ésta, a la hija de ambos durante el parto (STS 6 junio 2011), en la que, sin embargo, no se apreció dolo sino imprudencia, aunque se le impuso una sanción penal y responsabilidad civil.

embarazo, pero dicha interrupción es contemplada como un derecho de la mujer y no como una obligación.

Por otro lado, se argumenta que la limitación a la libertad de procreación es rechazable por cuanto la injerencia del Estado en esta materia ha de considerarse una intromisión en la esfera personal de los sujetos¹⁸⁹. Y otros limitan dicha responsabilidad al entender que, como la única alternativa al nacimiento con la enfermedad heredada de los padres es no nacer, la acción de responsabilidad civil frente a los progenitores sería inviable por falta de daño y de relación de causalidad¹⁹⁰.

Existiendo autores que afirman con rotundidad que admitir dichas acciones sería como señalar que existen vidas dignas de ser vividas (las sanas) y otras que no lo son (las de los niños que nacen con estas enfermedades o defectos graves)¹⁹¹.

A ello hay que añadir que en la actualidad existe en nuestro país una legislación protectora de los derechos de las personas discapacitadas, entre los cuales se defiende el derecho de las mismas a decidir libremente en cuanto a su descendencia¹⁹², lo que de en

¹⁸⁹ En este sentido, RIVERA, J. C., *Instituciones de Derecho civil, tomo II, Parte general*, Buenos Aires: Ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, 3ª ed., 2004, p. 21; MEDINA, G., “¿Existe un derecho subjetivo a la procreación? (la solución en la jurisprudencia norteamericana y francesa)”, en J.A. del 17/7/96; MEDINA, G., WINOGRAD, C., “Los homosexuales y la procreación asistida en la legislación y la jurisprudencia comparada”, en J.A. del 1/11/200 (número especial Bioética); MEDINA, G., HOOFT, I., “Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural” (jurisprudencia italiana, norteamericana y canadiense), *cit.*, p. 301.

¹⁹⁰ RODRIGUEZ GUITAN, *ob. cit.*, pp. 308-309; a MARTÍN-CASALS y RIBOT, *ob. cit.*, p. 554, les parece que “esta argumentación parece extraída, al menos parcialmente, de las polémicas en torno a la llamada ‘wrongful life’ -ultimamente traducida con el inapropiado anglicismo crudo de ‘vida injusta’- aunque nada tiene que ver con ese supuesto que, como es sabido, parte de la negligencia médica que consiste en no detectar la existencia de una malformación del feto o no informar sobre ella cuando era de tal gravedad que hubiera permitido a la madre decidir sobre la posibilidad de someterse a un aborto”.

¹⁹¹ En este sentido, LALATTA COSTERBOS, A. M., “Bioética y autonomía a partir del caso Perruche. Formas de discriminación entre procreación y diagnóstico prenatal”, *Derechos y libertades*, núm. 25, 2011, pp. 87-113.

¹⁹² Entre las normas que darían protección a los derechos reproductivos de las personas discapacitadas se han citado: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que en su art. 16 señala que el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y fundar una familia, no estableciendo ninguna limitación a este derecho, en lo relativo a sujetos al utilizar la expresión “todos”, ni siquiera al estado de salud de los mismos, por tanto, hay que entender incluidos a aquellas personas que tengan una discapacidad o minusvalía derivada de alguna enfermedad hereditaria y trasmisible verticalmente y aquellos que tengan algún tipo de enfermedad; en 1970, tras la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), se reconoció a las personas con discapacidad como miembros de la sociedad con similares necesidades y derechos a cualquier ciudadano; en 1974, en la Conferencia de Población de Bucarest, se habló del papel que deben asumir los Estados para asegurar el derecho a la descendencia; en

principio excluiría la responsabilidad de los mismos por transmitir esas deficiencias a su prole.

En este ámbito, cabe a hacer referencia a un caso de procreación, cuando menos inusual, que ha expuesto Abellán-García Sánchez¹⁹³. En la procreación se parte de la idea de que los progenitores quieren lo mejor para su hijo, y, se entiende que tener un hijo sano en la medida de lo posible es un efecto favorable para el mismo, hasta el punto de que en nuestro Derecho, como también sucede en los ordenamientos jurídicos extranjeros, se ha facilitado el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida no sólo para remediar la esterilidad humana sino también “en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley” (art. 1.1, b, de la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*). Sin embargo, dicho autor señala que se han registrado casos de parejas integradas por personas afectadas por determinadas patologías (como, por ejemplo, acondroplasia¹⁹⁴ o sordera) que solicitaron tener un hijo con los mismos defectos físicos que padecían estos progenitores, pues, según su punto de vista, esto supondría para los hijos una mayor integración familiar, ya que la existencia de un niño

1975, en la Declaración de la Conferencia Mundial sobre la mujer ,realizada en México, se expusieron los derechos reproductivos y la maternidad opcional; en 1979, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en Naciones Unidas, se debatió sobre el derecho de las decisiones reproductivas; en 1981, en la Carta de los Derechos Sexuales a favor de los minusválidos se estableció el principio, entre otros, de tener una prole; en 1993, en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad de la Naciones Unidas se reconoció la no discriminación en el establecimiento de relaciones de pareja y de la maternidad y paternidad; en 1997, en el Foro Europeo de discapacidad se recomendó promover en las mujeres con discapacidad el derecho a decidir sobre embarazo y maternidad; en el mismo año, en el XIII Congreso Mundial de Sexología, realizado en Valencia (España) se declaró el derecho a tener opciones reproductivas libres y responsables, lo que comporta el derecho a decidir sobre si tener descendencia o no; en 2008 entraron en vigor en España los preceptos de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad elaborada por las Naciones Unidas (Nueva York, diciembre 2006), que en su art 23 expuso que desde el hogar, la familia y el Estado se debía respetar y asegurar que las personas con discapacidad tuviesen derecho a decidir libremente en cuanto a su descendencia. Véase GALÁN DÍAZ, A. E., “*MF1450-3: Procesos de inclusión de personas con discapacidad en espacios de ocio y tiempo libre*”, Capítulo cinco: Afectividad y sexualidad en las personas con discapacidad, IC Editorial, 2014, pp. 231-236.

¹⁹³ ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., “Diagnóstico genético embrionario y libertad reproductiva en la procreación asistida”, *cit.*, pp. 46-50.

¹⁹⁴ Acondroplasia es un trastorno del crecimiento de los huesos que ocasiona el tipo más común de enanismo (Enciclopedia Médica MedlinePlus, *cit.*).

no afectado en una familia de afectados daría lugar a un mayor sufrimiento para el mismo¹⁹⁵.

El citado autor desestima esta posibilidad realizando dos observaciones. Por un lado, señala que sobre esta cuestión el grupo de trabajo para cuestiones éticas de la Sociedad Europea de Reproducción Humana Asistida (ESHRE) opone a la idea de que un niño afectado por alguna de estas patologías sólo se encontrará bien en ese entorno estricto de subcultura y lazos familiares, la consideración de que la funcionalidad del niño dentro de la sociedad en su conjunto se vería seriamente afectada por su incapacidad; por lo que, dicho grupo entiende que no es justificable la citada restricción deliberada de la autonomía del niño y estiman que el DGP no debe utilizarse para ese propósito. Por otro lado, dicho autor estima que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe claramente este tipo de prácticas, bien por aplicación de principios generales del Derecho que impiden dañar a otro (*naeminem laedere* o *alterum non laedere*), bien sobre la base de normas concretas como la proclamación de que las técnicas de reproducción asistida tienen entre sus fines la prevención de enfermedades de origen genético, o la exigencia de que las mismas sólo puedan llevarse a cabo cuando no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o de la posible descendencia.

Concluye el autor que la realización de “una selección embrionaria dirigida a seleccionar deliberadamente hijos con graves taras físicas o psíquicas, abriría la vía de la responsabilidad de los padres por el denominado ‘daño de procreación’, a raíz del cual no sería descartable que los hijos así nacidos pudieran exigir una indemnización a sus progenitores por su actuación. Por otro lado, si esas taras se provocaran por los padres en una fase posterior a la embrionaria, esto es, durante el embarazo, estaríamos ante la comisión por su parte de un delito de lesiones al feto, expresamente previsto en el Código Penal y penado con hasta cuatro años de prisión”.

¹⁹⁵ Estos casos se pusieron de relieve a través de una encuesta dirigida por el "Genetics and Public Policy Center", de Estados Unidos, y realizada en un número importante de clínicas de fertilidad existentes en dicho país, que revelaron que hasta un tres por ciento de las que llevan a cabo la FIV y el DGP realizaron esta última técnica con el fin de seleccionar un embrión con la presencia de una enfermedad o discapacidad particular, lo que aparece recogido en la obra de BARUCH, S., AUFMAN, D. J., HUDSON, K., "Genetic Testing of Embryos: Practices and Perspectives of U.S. IVF clinics", *Genetics & Public Policy Center*, Berman Bioethics Institute, Johns Hopkins University, Washington, DC. *Fertility and Sterility*, 2008.

Por lo que, para dicho autor, la actuación de los progenitores en la procreación artificial, a través de las técnicas de reproducción humana asistida, implicaría un supuesto de responsabilidad civil.

Ahora bien, esta imputación a los progenitores se realiza en el marco de la procreación artificial. Cabría transplantar el supuesto al marco de la procreación natural. Y ya se ha visto que el debate doctrinal sigue abierto en este sentido.

Frente a la defendida libertad de procreación, este autor señala que en la configuración de los derechos reproductivos debe existir un equilibrio entre la libertad y la responsabilidad, pues, como se señaló en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo y en la Conferencia Mundial de la Mujer, se observa que "en el ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva"¹⁹⁶.

En estos supuestos, la doctrina parte de la idea de que no ha habido culpa o que la actividad reproductiva fuera lícita. Ello lleva a la conclusión de que tal actividad es peligrosa pero permitida, y si se atribuyera responsabilidad en caso de materializarse el riesgo contemplado, esto determinaría un supuesto de responsabilidad objetiva; sin embargo, tal postura es contestada por algunos autores al señalar que los supuestos de responsabilidad objetiva están tasados por el legislador¹⁹⁷.

Frente a las tesis que rechazan la posibilidad de una acción resarcitoria de los hijos frente a los progenitores que les han transmitido enfermedades o defectos, hay un sector de la doctrina que admite dicha posibilidad, con cautela y con limitaciones.

Este sector de la doctrina confronta el interés del hijo a una vida sana con la libertad de los progenitores de procrear, que estiman protegida por el art. 18 en relación

¹⁹⁶ ABELLÁN-GARCÍA, *ob. cit.*, p. 49. El autor se refiere a la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo, en 1994, y a la IV Conferencia Mundial de la Mujer, celebrada en Beijing, en 1995.

¹⁹⁷ Así, MARTÍN-CASALS y RIBOT, *ob. cit.*, p. 555.

con el art. 10 de la Constitución Española. A ello hay que añadir que la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* establece expresamente en el art. 3, en donde se consignan los principios que rigen la ley y el ámbito de aplicación de la misma, el derecho a la libertad de procreación, señalando que: “1. En el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes.- 2. Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida”.

En este conflicto se considera que el principio de respeto a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad y la libertad de procrear de los progenitores no puede desconocer tampoco el derecho de los hijos a tener y desarrollar una vida normal. De modo que se propugna una procreación responsable, ausente de descuidos y concienciación de los graves riesgos que van a transmitir los progenitores, razones que justificarían el nacimiento de las acciones resarcitorias a favor del hijo nacido con estas enfermedades y defectos¹⁹⁸.

En esta postura, si bien se entiende que hay libertad de las personas para procrear, sin embargo se estima que, si como consecuencia de dicha procreación se ocasionan unos daños al concebido no nacido, los progenitores deben asumir la responsabilidad derivada de dicho daño, incluso la indemnización correspondiente; además, frente a la licitud del comportamiento de los progenitores, basada en la libertad de procreación, se podría considerar, sin embargo, no la ilicitud, sino la antijuricidad de la conducta de los mismos por cuanto lesiona el interés prevalente del hijo a tener

¹⁹⁸ Defienden esta postura MOSSET ITURRASPE, J., “De la responsabilidad de los padres por hechos propios frente a sus hijos”, Responsabilidad de los padres y tutores y guardadores, *Responsabilidad de los padres y tutores y guardadores* (Coordres. Mosset Iturraspe, D’Antonio y Novellino), Buenos Aires-Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 61-63; BANCHIO, E, “Daño genético y responsabilidad civil”, *Responsabilidad por daños, libro homenaje a Prof. Dr. Jorge Bustamante Alsina*, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, pp. 164, 165 y 167; PARELLADA, C. A., “Una aproximación al Derecho de Daños frente al manipuleo genético”, *Derecho de Familia. Libro Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*, Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1990, p. 411, nota 36.

una vida sana; y, por último, que el ejercicio de la libertad de procreación encontrarña como límite el derecho de los demás, en este caso, el interés del hijo a nacer sano¹⁹⁹.

Por ello se estima que el ejercicio de las garantías reproductivas reconoce como limitación los derechos de terceros involucrados, tales como el derecho a la vida, continuidad de la existencia, dignidad, identidad propia e interés superior del hijo²⁰⁰.

Hay que recordar que en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la vida que proclama el art. 15 CE tiene sus límites en lo que se refiere a la vida del concebido no nacido, ya señalado por el TC en sentencias 53/1985, 212/1996, 116/1999, a lo que hay que añadir que en nuestro derecho se encuentra permitido el aborto, cumpliendo una serie de condiciones y plazos²⁰¹, y ello porque en ciertos momentos se otorga un mayor valor a otros derechos también considerados fundamentales para la persona, como lo son la integridad física y/o psíquica, la salud o el libre desarrollo de la personalidad de la madre gestante frente al hijo que aún no ha nacido²⁰².

Por ello, se avanza por la doctrina que, como la familia evoluciona y el modelo patriarcal se ha sustituido por otro, basado en el principio de igualdad de los cónyuges y en el de titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad, la intervención de los Tribunales, para asegurar la efectividad de dicho principio, así como el respeto de los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de la familia, parece inevitable, y ello explica que los jueces comiencen a conocer demandas de

¹⁹⁹ Argumentos esgrimidos por ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural”, en *Daños en el Derecho de Familia* (Coord. J.R. de Verda y Beamonte), Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, p. 61 ss.

²⁰⁰ Así, ISLER SOTO, E. M., “Aproximación y alcances del derecho a la procreación”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes (Colombia), 2010, p. 21.

²⁰¹ Los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo se regulan en la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, modificada recientemente en punto al consentimiento de las menores por la *Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo*.

²⁰² Hay autores que estiman que actualmente se plantea la relación con el hijo (ya nacido o tan solo el posible proyecto de que exista) como un freno a la realización personal de los padres. El niño deja de ser un fin en sí mismo e incluso empieza a dejar de ser una inversión humana más o menos accesible a la pareja y se convierte en objeto de la satisfacción individual, especialmente de la madre; así, ROS CODONER, J., “Familia, procreación y valor de la vida”, *Cuadernos de Bioética*, núm. 68, 2009, pp. 75-76.

responsabilidad civil por hechos ilícitos acaecidos en el ámbito de las relaciones familiares, hasta hace pocos años inimaginable²⁰³.

B) Daños ocasionados durante la gestación.

El segundo de los supuestos encuadrados dentro de este tipo de acciones se refiere a los daños producidos durante la gestación bien por falta de cuidados médicos o bien por actividades peligrosas para la salud o la vida del feto²⁰⁴.

En nuestro Derecho, este supuesto se encuentra regulado en los arts. 157 y 158 del Código penal, que tipifican el delito de lesiones causadas al feto, como se verá posteriormente. En estos preceptos, cuando se refieren a la mujer embarazada, se limita la responsabilidad penal al tipo doloso, de manera que mientras en el supuesto de dolo,

²⁰³ Así lo expresa DE VERDA Y BEAMONTE, “Daños en el Derecho de Familia: jurisprudencia reciente. Incumplimiento de deberes conyugales, nulidad de matrimonio, derecho de visitas”, *cit.*, p. 13.

²⁰⁴ Estos supuestos han sido contemplados por los Tribunales de países que siguen el sistema del *common law*. En Estados Unidos los pronunciamientos han sido diversos según los Estados donde se han planteado estas demandas. Así, en algunos Estados se han rechazado las demandas que pretendían una indemnización por parte de los hijos por los daños ocasionados por sus progenitores; en este sentido se pronunció la Corte de Illinois en el caso *Stallman vs Youngquist* (1988) que rechazó la demanda interpuesta por el padre, representante del hijo dañado, frente a la madre del mismo por daños no intencionales sufridos durante su estadio fetal a raíz de un accidente automovilístico protagonizado por su progenitora y un tercero, fundándose en la supremacía de los derechos de la madre frente al hijo y en la paz familiar para que no los convierta en “adversarios legales”; por su parte, la Corte de Apelación de Illinois en el caso *Cullota vs Cullota* (1997), que contempló la demanda de la representante legal del menor Mark Cullota a la sucesión de Shelley Cullota, madre del menor accionante, a quien imputó responsabilidad por los daños causados a su hijo durante la gestación, dictaminó que la acción realizada por la madre sigue siendo dañosa pero no es viable la acción indemnizatoria en base al deber de cuidado extremo que se le debería exigir a la madre. Por el contrario, otros Estados han admitido este tipo de acciones en base a distintos fundamentos; así, la Corte de Michigan en el caso *Grodin vs. Grodin* (1980), afirmó que sobre la madre pesaba la obligación de reparar los daños prenatales causados al hijo por la ingesta de la gestante de un medicamento durante el embarazo; en parecido sentido, la Corte Suprema de New Hampshire en el caso *Bonte vs Bonte* (1992) falló a favor del resarcimiento de una demanda interpuesta por la hija frente a su madre que cuando estaba embarazada de siete meses le ocasionó daños a consecuencia de su obrar negligente al cruzar la calle por una vía no habilitada. Por su parte, en Reino Unido, el *Congenital Disabilities (Civil Liabilities) act. De 1976 (UK-C28)* exceptúa a la madre de la responsabilidad por daños prenatales a su hijo nacido con vida a consecuencia de su actuar negligente en el marco de la concepción natural, salvo para los supuestos de negligencia en la conducción. En Canadá, la Corte Suprema en el caso *Dobson vs Dobson* (1999) desestimó todo intento de afirmar la responsabilidad de la madre por daños prenatales derivados de un accidente automovilístico cuando estaba embarazada, irrigados a su hijo por nacer, entendiendo que “su admisión atentaría contra dos de los más fundamentales valores establecidos en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, a saber, la libertad e igualdad de la mujer aún embarazada”. Véase el estudio que realizan de estos casos, MEDINA, G., HOOFT, I., “Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural” (jurisprudencia italiana, norteamericana y Canadiense), *cit.*, pp. 320-333, y DE LA MAZA GAZMURI, I., “Antes de que nazcas: año prenatales en el ámbito estadounidense, una visión muy panorámica”, *Daños en el Derecho de Familia* (Coord. J.R. de Verda y Beamonte), Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 83-101.

incluyendo el eventual, la mujer embarazada responde penalmente, y por consiguiente también civilmente, en los supuestos de lesiones imprudentes, aún mediando culpa grave, estaría exenta de responsabilidad penal.

En el ámbito civil, no existe precepto alguno en este sentido, de modo la exigencia de la responsabilidad civil sólo se podría pedir en base al art. 1902 CC.

Para unos autores, la despenalización del supuesto negligente constituiría el resultado de un complejo dilema legal en el que se han ponderado los derechos de la madre frente a la protección jurídica del *nasciturus*, de modo que la falta de punición respondería a la idea de que deben prevalecer los derechos de la madre a la intimidad y al ejercicio de su autonomía y libertad durante el embarazo, conclusión que debe extenderse a la responsabilidad civil en relación con posibles acciones entabladas por el representante legal del hijo o por éste al llegar a la mayoría de edad. Aunque estiman que dicha responsabilidad vendrá determinada por las circunstancias del caso, siendo necesario que se trate de un daño de cierta entidad o gravedad, que estuviese causalmente vinculado a las acciones u omisiones de la madre y que, aún no siendo éstas antijurídicas, a aquélla le fuese exigible comportarse de otro modo no sólo moralmente sino también jurídicamente²⁰⁵.

En parecido sentido se manifiesta Atienza Navarro, opinión que comparto plenamente, que a este respecto señala: “no creo que haya que entender que los padres quedan exentos de toda responsabilidad por el mero hecho de dar el bien superior de la vida a sus hijos. No puede acudir aquí, con rigor jurídico, a una especie de compensación de daños con los beneficios (...)”, ni sería una excusa a la viabilidad de dichas pretensiones, “con base en la idea de que el hijo cuando se produce el daño, no es todavía titular de un derecho a la integridad física o psíquica o de un genérico derecho a la salud, porque sólo es un ser concebido o que ni siquiera ha llegado a serlo (dependiendo de que la enfermedad se transmita durante la gestación o durante la concepción)”, ya que “las consecuencias negativas del daño se verifican con el

²⁰⁵ En este sentido, MARTÍN-CASALS y RIBOT, *ob. cit.*, p. 555.

nacimiento y la adquisición de personalidad jurídica”²⁰⁶. Por ello entiende que cuando se originan daños al concebido no nacido por sus progenitores en unas condiciones especiales es posible acudir al art. 1902 CC cuando se cumplan los requisitos exigidos en el mismo.

Efectivamente, no es lo mismo el principio de la vida desde el punto de vista médico, entendido como la unión de un óvulo y un espermatozoide, que el inicio de la vida desde el punto de vista legal. Así como desde la óptica de la medicina la vida tiene el mismo valor en todos los estadios o fases por la que se desarrolla, desde el punto de vista jurídico la vida no tiene la misma protección en todos esos estadios (concebido no nacido, nacido). En este sentido, la doctrina ha señalado que “la vida humana, materializada en lo que el derecho denomina ‘persona’, no representa siempre y en toda ocasión un valor único, absoluto o preestablecido”, recordando, por ejemplo, que en el ámbito penal, la privación de la vida humana o una lesión a la integridad física de la persona tiene diferentes sanciones (a través de distintos delitos: homicidio, aborto, lesiones, etc.)²⁰⁷.

Parece obvio que en muchos casos esos padres transmisores de las enfermedades cuidaran de sus hijos y los atenderán una vez nacidos; pero puede ocurrir, sobre todo en casos de gravedad, que, aún siendo los propios padres los que han transmitido la enfermedad o malformación a su hijo, los rechacen. En este caso nos encontramos ante supuestos en los que quiebra la unidad y el amor familiar en el que esta corriente doctrinal se fundamenta para señalar a este tipo de demandadas como “destructoras de la paz familiar”. Además por ley de vida, los hijos deberían sobrevivir a los padres, por lo cual se plantea la cuestión añadida del futuro incierto, tanto a efectos personales como patrimoniales, que tienen estos hijos cuando los padres fallezcan, más aún

²⁰⁶ ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural”, en *Daños en el Derecho de Familia* (Coord. J.R. de Verda y Beamonte), Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, p. 55.

²⁰⁷ En este sentido, MENDOZA CÁRDENAS, H. A., SONIA LÓPEZ GARCÍA, M.C., “Inicio y fin de la vida: 'aspectos biojurídicos'”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 22, México, 2011, p. 21, quienes señalan: “Consecuentemente, mientras que para la biología el ser humano es el resultado de un proceso evolutivo y milenar y para la teología la persona tiene un carácter semi-divino, en la medida en que “todos somos hijos de Dios”, en el ámbito jurídico, la persona es aquel ente sujeto de derechos e imputaciones jurídicas. Es por ello que afirmamos que jurídicamente, la persona es lo que nosotros queramos que sea, no desde una perspectiva arbitraria, sino por el contrario, hoy más que nunca es necesario conceptualizar a la persona jurídica partiendo de bases científicas sólidas” (p. 22).

pensando que muchos de los cuidados y tratamientos que se requieren para que el hijo enfermo tenga calidad de vida son muy costosos. Al contrario de la tesis mantenida por este sector de la doctrina, asignar un patrimonio a un hijo que lo va a necesitar por su situación personal contrariamente a socavar la paz familiar, en muchos casos va a equilibrar la balanza a favor del más desfavorecido²⁰⁸.

A estos argumentos hay que añadir, además, que actualmente existen otros ámbitos del derecho de familia donde ya no se cuestiona si es posible el nacimiento de acciones resarcitoria de responsabilidad civil, admitiéndose tanto por la doctrina como por la jurisprudencia²⁰⁹.

²⁰⁸ Aunque no toda la doctrina opina lo mismo; así, RUÍZ LARREA, *ob. cit.*, pp. 8-9, señala algunos instrumentos a través de los cuales los padres pueden resarcir a sus hijos de estas enfermedades o taras que les transmiten, como concertación de un seguro especial a su nombre, nombramiento de heredero en testamento, atribuirle un capital a renta fija, etc.; sin embargo, la propia autora pone de manifiesto lo incierto de las medidas y que se deja a voluntad de los progenitores la realización de las mismas. Por otra parte, hay que recordar en cuanto a las personas con discapacidad que dentro de las políticas de integración de estas personas, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ha promovido la redacción y aprobación de la *Ley 41/2003, de 18 de diciembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*, reformada por la *Ley 15/2015, de 2 de julio*. Dicha Ley supone la introducción de la figura del patrimonio protegido como medio para procurar el mantenimiento y fomento en la creación de recursos propios con los que sostener total o parcialmente las necesidades de vida de las personas con discapacidad. En esta misma ley, se produce una modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a normas que afectan a la protección patrimonial, como es el caso del nuevo contrato de alimentos, la reforma del Derecho de sucesiones, o a la protección personal, como es la instauración de la autotutela, la posibilidad de promover la tutela por el presunto incapaz y el desamparo del incapaz. Por último, se hace un comentario sobre la obligación de sufragar las obras de accesibilidad universal en los elementos comunes que tienen las Comunidades de Propietarios, recogida en la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre*, que no tiene relación con el tema general tratado, pero que afecta propiamente a instituciones civiles como es la Propiedad Horizontal. A ella, hay que añadir la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*.

²⁰⁹ Cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, “Daños en el Derecho de Familia: jurisprudencia reciente. Incumplimiento de deberes conyugales, nulidad de matrimonio, derecho de visitas”, *cit.*, p. 14 ss, donde analiza la responsabilidad civil derivada del art. 1902 CC en los supuestos que indica el título de este trabajo, examinando la jurisprudencia habida al respecto; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.^a, *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor, Navarra: Ed. Cívitas Thomson Reuters, 2009; MARTÍN-CASALS, RIBOT IGUALADA, “Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, *cit.*, pp. 503-561. Por otra parte, como muestra de la responsabilidad civil por daños producidos en el seno de la familia, en materia de relaciones de filiación, se pueden citar las citadas SSAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 552004\1994) y de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007\340366), que han abierto la puerta a la responsabilidad civil en el terreno de los deberes conyugales; dichas sentencias tratan también del adulterio de la demandada y de la ocultación de la filiación de los hijos que el demandante durante algún tiempo había creído suyos; no obstante, dan cabida a la indemnización del daño moral sufrido por éste, acudiendo como remedio indemnizatorio a la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC. En contraposición, la STS de 30 de julio de 1999, pese a considerar el quebrantamiento de los deberes conyugales como merecedor de un innegable reproche ético-social, considera, sin embargo, que la única consecuencia jurídica que contempla la legislación sustantiva, es la de asignar al incumplimiento de tales deberes el constituirse como causa de separación matrimonial, pero no lo considera como hecho determinante de una indemnización, lo que se deduce de “la propia naturaleza del matrimonio”.

Después de analizar los argumentos anteriores, en el tratamiento de este tema vamos a partir de la base de que las relaciones familiares en esta materia, al igual que en otros supuestos, no constituyen un ámbito excluyente del nacimiento de acciones de responsabilidad civil, mientras se den los presupuestos de dicha responsabilidad, que se desarrollarán más adelante.

En mi opinión, los argumentos primigenios que apoyan el rechazo de acciones resarcitorias en base a la responsabilidad civil en el ámbito de la familia se sustentan en el modelo patriarcal recogido por los códigos civiles decimonónicos, donde el padre y marido ostentaba la jefatura de la familia. En este régimen, la inmunidad y privilegio familiar tenía su origen en una costumbre social, por la naturaleza propia de las relaciones familiares, en una regla de moralidad basada en vínculos de solidaridad y gratuidad de los miembros de una familia.

En la actualidad, sin embargo, la familia no puede ser considerada desde el punto de vista jurídico como un círculo cerrado en el que se desarrollen, al contrario de lo que se pretende, conductas lesivas para los miembros que la componen. El carácter jurídico de los deberes familiares no les priva de ser considerados también como deberes ético-morales, o viceversa, su carácter ético o moral no les priva de su juridicidad²¹⁰.

Ello se manifiesta en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo en el ámbito constitucional, sino en la legislación ordinaria. Así, la CE establece el respeto a la dignidad de la persona, a los derechos esenciales que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10), y el principio de igualdad sin que quepa ninguna discriminación por razón de sexo o de filiación (art. 14), principios generales que se proyectan en todos los ámbitos jurídicos, particularmente en el ámbito de la familia a través de los arts. 32 para los cónyuges y 39 para los hijos. Tales principios han tenido su proyección en la legislación ordinaria, tanto estatal como autonómica; por mencionar sólo dos textos legales básicos, Código civil y Código penal, hay que recordar que tales principios han sido recogidos en los arts. 66 y siguientes del Código civil para los

²¹⁰ MENDOZA ALONZO, P. “Daños morales por infidelidad matrimonial. Un acercamiento al derecho Español”, *Revista Chilena de Derecho y política*, vol. 2, núm. 2, 2011, pp. 41-64.

cónyuges y 108 y siguientes y 154 y siguientes para los hijos, así como en diversos artículos del Código penal donde se protege a la mujer y al menor de determinadas conductas que vulneran los derechos de los mismos. Esta protección, como es sabido, no se agota en estos textos, sino que se contiene en una multitud de normas de muy diversa naturaleza. Hay que recordar especialmente, la referencia que se hace a las situaciones de agresión o peligro en el Código civil, en los arts. 81.2 y 86, relativos a las situaciones de crisis matrimoniales, en donde se permite la ruptura de la convivencia conyugal e incluso del vínculo matrimonial, sin esperar a que transcurra el plazo preceptivo de tres meses desde la celebración del matrimonio para declarar la separación o el divorcio, cuando se acredite “la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio”, y especialmente, la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Ambos son dos claros ejemplos de normas jurídicas que ponen de manifiesto que actualmente en nuestro ordenamiento jurídico no se permiten conductas lesivas en el seno de la familia²¹¹.

Por ello, vamos a partir de la premisa de que taxativamente el ámbito familiar no es excluyente por tal del nacimiento de acciones resarcitorias en materia de responsabilidad civil, y que habrá que trasladarse al caso concreto para determinar la existencia o no de la misma, su extensión y sus consecuencias.

Siguiendo a López Sánchez se podría resumir que “en el momento actual, seguir manteniendo la negativa a toda posibilidad de aplicar los criterios propios de la responsabilidad civil dentro del ámbito familiar, resentiría la propia justicia y conduciría no sólo a la impunidad del autor del daño, sino a una falta de tutela jurídica para el *damni cado*. Podríamos decir que una nueva dimensión de los deberes de los padres está empezando a calar en la sociedad -que no aún en la jurisprudencia- en relación con los principios de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones paterno-filiales,

²¹¹ Apuntan, entre otros, más situaciones de daños civiles producidos entre parientes de las que deriva una responsabilidad específica BARCELÓ DOMÉNECH, *ob. cit.*, pp. 108-114; MARTÍN-CASALS, RIBOT IGUALADA, *ob. cit.*, pp. 503-561; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, PÉREZ VALLEJO, *ob. cit.*, p. 12-13, quienes señalan que el hecho de la inexistencia de una norma excluyente de la aplicación del régimen general de responsabilidad se erige como fundamento para declarar resarcibles daños familiares, entre los que incluyen los derivados de la transmisión de enfermedades o malformaciones de padres a hijos en su concepción,

en particular en los casos en los que el padre ha causado un daño a la salud o a la integridad física de los hijos”, añadiendo que el Derecho de familia no puede ser de ninguna forma en la sociedad actual un cortapisas o una defensa para la no interposición de demandas de responsabilidad civil, si bien es cierto que quizás no se pueden aplicar exactamente los mismos parámetros o criterios y sería necesaria la elaboración de una norma más específica que desligara este tipo de demandas de la norma general del art. 1902 CC y que adecuara dicha responsabilidad delimitación y parámetros al específico ámbito del derecho de familia²¹².

El hecho de que el *nasciturus*, desde el momento de su nacimiento y retroactivamente al momento de la transmisión de la enfermedad o malformación, podría ser considerado como víctima de un daño parece que podría ser resarcido por vía del art. 1902 CC.

Si bien es cierto que en vía jurisdiccional en España todavía no se ha dado una respuesta concreta a la cuestión de si existe una responsabilidad civil derivada de la transmisión de enfermedades al hijo por sus progenitores, no es menos cierto que dicho problema existe, y, por tanto, el derecho debe hacer un esfuerzo por adecuarse a la realidad en un intento de salvaguardar la parte débil de las relaciones, vertebrando en este caso una protección al *nasciturus* en el supuesto de transmisión de enfermedades y/o malformaciones a dicho sujeto por los padres durante la concepción, la gestación y el nacimiento o la lactancia.

Y, en consecuencia, se debe plantear si dicha transmisión de enfermedades da lugar al nacimiento de supuestos de responsabilidad civil encaminadas a la justa reparación del daño sufrido.

Estima la doctrina, y existe una línea jurisprudencial en este sentido, que la responsabilidad civil puede surgir de hechos que en si mismos sean considerados lícitos; por tanto, el problema que se plantearía en el tema que tratamos no sería la

²¹² LÓPEZ SÁNCHEZ, C., “Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores”, *cit.*, pp. 247-294; BARCELÓ DOMÉNECH, *ob. cit.*, pp. 117-124, plantea una propuesta de solución de dichos conflictos con aplicación de los arts. 1902 y 1104 CC, basado en el modelo del “buen padre de familia”, adaptados a las circunstancias del caso.

calificación de la actividad inicial de los padres como lícita o no, sino la calificación del daño injusto y que éste efectivamente se produzca para que nazca el derecho de indemnizar²¹³.

3.2. Los elementos configuradores de la responsabilidad civil en el supuesto de transmisión prenatal de enfermedades y defectos por los progenitores a los hijos.

Como se ha indicado, en el caso de responsabilidad extracontractual por transmisión de enfermedades o malformaciones por los progenitores a los hijos, los sujetos implicados son, por un lado, los progenitores como sujetos agentes del daño o sujetos activos, y, por otro lado, el hijo, sujeto pasivo, a quien se transmitió la enfermedad o malformación cuando era aún un concebido no nacido.

La primera cuestión que se plantea es si efectivamente el *nasciturus* es sujeto de derechos que debe ser protegido.

Ya se ha indicado en el apartado I de este trabajo que nuestro TC entiende que el concebido no nacido no es titular de derechos, aunque se le atribuye una naturaleza especial, la de bien jurídico protegible (SSTC 53/1985, 212/1996 y 116/1999, que siguen la línea doctrinal de la primera), al que se anudan los efectos favorables del art. 29, segundo inciso, CC. Y ello a pesar de que existe una corriente doctrinal contraria a dicha línea jurisprudencial que estima que el concebido no nacido es titular de los derechos humanos.

Ahora bien, en el caso que tratamos, si bien el concebido en el momento en que se efectúa el daño no se puede considerar aún persona (y, por tanto, carece de personalidad jurídica y de titularidad de derechos), el art. 29, segundo inciso, le atribuye

²¹³ Como apunta DÍEZ PICAZO, *Derecho de Daños*, Madrid: Ed. Civitas, 1999, p. 314, para que un daño sea indemnizable, además de concurrir necesariamente un título de imputación subjetiva de la responsabilidad por apreciación de culpa o, en virtud de una norma jurídica, por el riesgo creado, es preciso que en el daño mismo concurren algunas condiciones o requisitos: 1º la exigencia de que el daño indemnizable esté causalmente enlazado con la acción u omisión de la persona a quien se quiere hacer responsable; 2º la llamada causalidad alternativa u hipotética (daño indirecto y situaciones hipotéticas); y 3º la denominada *compensatio lucri cum damno* o compensación de los beneficios con el daño (cuando el mismo hecho que produce el daño, determina a favor de la misma persona dañada un beneficio o lucro).

efectos favorables al mismo, que se concretarán cuando se produzca el nacimiento oportuno. De modo que en el momento en que se produce el daño, y a partir del nacimiento, se reconoce el derecho a la indemnización derivada de la responsabilidad de los progentitores, y, con ello, parece que se está adelantando la adquisición del derecho a un momento anterior al nacimiento. Sin embargo, tanto el daño como el derecho a la indemnización derivada de dicha responsabilidad se materializan en el momento del nacimiento, y, en ese momento, el hijo adquiere personalidad jurídica, y, por ende, puede ser titular de derechos, entre ellos, el de la indemnización derivada de la responsabilidad extracontractual por los daños que le hayan ocasionado los padres, como un efecto favorable reconocido en el citado art. 29 CC.

En el ámbito de la procreación natural no se va a distinguir entre preembrión y feto a efectos de la protección que se otorga al concebido no nacido, de modo que cualquier daño ocasionado al concebido en cualquier fase de su desarrollo va a poder ser objeto de reclamación indemnizatoria.

De igual manera, tampoco se va a distinguir si el concebido es fruto de una filiación matrimonial o extramatrimonial, pues, en este sentido nuestro ordenamiento jurídico equipara a todos los hijos en cuanto a los derechos que tienen sus padres respecto a ellos, tanto en la Constitución Española como en la legislación ordinaria (arts. 39 CE, 108 CC). Salvo las limitaciones establecidas en la LO 2/2010 para los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo.

No obstante es presupuesto subjetivo fundamental para que se dé la responsabilidad extracontractual, como ya se ha visto, la existencia de culpa o dolo en el sujeto agente, en este caso, en los progenitores, bien se trate del padre, de la madre o de ambos.

De modo que si no existe este presupuesto no se va a apreciar la existencia de dicha responsabilidad. De esta manera, no todos los casos en los que un niño nace con enfermedades o malformaciones ocasionadas por sus progenitores van a determinar la existencia de responsabilidad civil y, por ende, de resarcimiento de los padres a favor del hijo por los daños causados.

Para el nacimiento de esta responsabilidad civil de los progenitores son necesarios los requisitos exigidos a toda responsabilidad extracontractual: 1) Es preciso que se haya llevado a cabo una acción o omisión que haya sido la causa del daño; 2) La antijuricidad de la acción realizada o de la omisión; 3) La existencia de unos daños en el recién nacido cuantificables y de entidad importante; 4) La concurrencia de culpa o negligencia del actor; 5) La existencia de una relación de causalidad entre el daño y la acción realizada por el agente.

A) La conducta o comportamiento de los progenitores.

Para que nazca una responsabilidad extracontractual es necesario una acción de los progenitores o una omisión de los mismos²¹⁴. Sin embargo, hay que tener presente que para que el autor resulte obligado al resarcimiento se debe demostrar que los daños causados derivan de su conducta y le son imputables objetiva y subjetivamente, según el correspondiente criterio²¹⁵.

La acción consistiría en un comportamiento de la madre o el padre que determinará la transmisión de la enfermedad o de la malformación. Así, por ejemplo, en los casos, muy gráficos, de la transmisión por el padre infectado del VIH o del VHC por vía sexual.

La omisión consiste en la abstención de los progenitores de poner las medidas o medios adecuados para impedir la transmisión de las enfermedades de las que son portadores o, aún no siendo portadores de enfermedades, para impedir daños en el feto. Así, en el caso de padre infectado por el VIH o por el VHC constituiría una omisión el mantener relaciones sexuales con la madre sin utilizar las medidas de protección

²¹⁴ Que entienden SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, PÉREZ VALLEJO, *ob. cit.*, p. 134, debe constituir una manifestación externa de voluntad

²¹⁵ Así, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, PÉREZ VALLEJO, *ob. cit.*, pp. 134-135, quienes estiman que no es una cuestión fácil de discernir, pues entienden que la *imputatio facti* por sí sola no es suficiente para determinar dicha responsabilidad, sino que también es necesaria la *imputatio iuris*.

adecuadas (preservativo), o en el caso de madre infectada por dichos virus, constituiría una omisión el no someterse al correspondiente tratamiento durante el embarazo para seronegativizar al feto.

En ocasiones resulta difícil calificar una determinada conducta de los progenitores como acción u omisión²¹⁶. En el caso citado de padre seropositivo, la no utilización de las correspondientes medidas de prevención pueden constituir a la vez acción y omisión.

Se plantea la cuestión de si los progenitores, conocedores del padecimiento de su enfermedad o defecto y de su posible transmisión al feto, serían responsables de dicha transmisión si se les impidiera tener acceso a los medios para evitar la transmisión al futuro hijo.

Esto puede suceder cuando no se permite el acceso a las técnicas de reproducción asistida, al diagnóstico preimplantatorio o al consejo genético, o al aborto.

Esta cuestión se ha planteado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, singularmente en el caso *Costa y Pavan contra Italia*, en la sentencia de 28 de agosto de

²¹⁶ En cuanto a la conducta omisiva, REGLERO CAMPOS, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima o fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, *Tratado de responsabilidad Civil*, T I (Coord. L. F. Reglero Campos), Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 3ª ed., 2008, pp. 366-367, señala que “así como en las conductas activas la medida de la diligencia viene representada, sobre todo, por el criterio de la previsibilidad, en la imputación por omisión, interviene, además, otro elemento fundamental, como es el de la exigibilidad, entendiendo por tal la conducta que está obligada a observar una persona para evitar o aminorar situaciones de riesgo en el marco de las relaciones sociales o de la actividad económica”, de manera que deberá considerarse “causa adecuada del resultado dañoso la omisión de aquellas medidas que evitarían o aminorarían de forma apreciable la posibilidad de acaecimiento de hechos dañosos que normal o razonablemente cabe prever en el marco de la actividad de que se trate, atendiendo a sus circunstancias específicas”, no considerando causa adecuada del resultado dañoso la omisión de medidas desproporcionadas en relación con la naturaleza de una determinada actividad. En los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil* el art. 4:101 establece que “Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible”, y en el art. 4:102 se define cuál es ese estándar de conducta exigible al señalar que “es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos”.

2012, TEDH 2012/72, en relación con la posibilidad de nacimiento de responsabilidad civil por transmisión de enfermedades a los hijos, Demanda 54270/2010²¹⁷.

El supuesto de hecho que da lugar a esta sentencia es el siguiente. Los demandantes eran portadores de una enfermedad genética cuya única vía para tener hijos sanos era la utilización de las técnicas de reproducción asistida, dado que sin la utilización de dicho recurso, sólo les quedaba proceder a una interrupción del embarazo cada vez que el diagnóstico muestre que el feto esté afectado. Los demandantes (Rosetta Costa y Walter Pavan), portadores sanos de la mucoviscidosis²¹⁸ habían tenido una hija nacida con esta enfermedad en 2006, a raíz de cuyo nacimiento los padres se enteraron del propio padecimiento de esta enfermedad. Corriendo el mes de febrero de 2010, y estando de nuevo embarazada, los demandantes, deseando tener un niño libre de la enfermedad de la que eran portadores, efectuaron un diagnóstico prenatal que indicó que el feto estaba afectado por la mucoviscidosis. Por lo tanto, decidieron realizar una interrupción médica del embarazo. Con posterioridad, los demandantes, deseando tener otro hijo, quisieron tener acceso a las técnicas de reproducción asistida y diagnóstico genético preimplantatorio antes de que la demandante quedara embarazada de nuevo. Sin embargo, en virtud de los términos de la Ley italiana núm. 40, de 19 de febrero de 2004, las TRA sólo estaban disponibles para las parejas estériles o infértiles, y el DPI estaba prohibido para cualquier clase de personas, salvo las señaladas en la propia Ley, dentro de cuyas excepciones no se encontraba el caso de la pareja demandante del mismo.

Ante la imposibilidad de acceder a dichas técnicas, negada en anteriores sentencias de los tribunales de su país, dicha pareja decidió plantear demanda ante el TEDH contra la República de Italia en virtud del art. 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el 20 de septiembre de

²¹⁷ Véase el comentario a esta sentencia por CORTÉS MAULEÓN, M. A., “Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª) Caso Costa y Pavan contra Italia. Sentencia de 28 agosto 2012 TEDH 2012\72”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Universidad de Almería, núm. 01, 2012.

²¹⁸ La Mucoviscidosis o fibrosis quística es una enfermedad hereditaria caracterizada por una viscosidad anormal del moco que segregan las glándulas pancreáticas y bronquiales. Esta patología, que se manifiesta más a menudo por problemas respiratorios, evoluciona más o menos rápidamente hacia una insuficiencia respiratoria grave, a menudo fatal en ausencia de trasplante de pulmón (Diccionario Médico Larousse).

2010; los demandantes denuncian no poder acceder al diagnóstico genético preimplantatorio a fin de seleccionar un embrión que no estuviera afectado por esta patología y alegan que esta técnica está disponible para categorías de personas de las que no forman parte, invocando la vulneración de los arts. 8 y 14 de dicho Convenio.

El art. 8 del Convenio de protección de derechos y libertades fundamentales de 1999 se refiere al derecho que toda persona tiene al respeto de la vida privada y familiar, estableciendo que “1. Toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista en la ley y constituya una medida, que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. El art. 14 dispone: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Como una de las consideraciones importantes que realizó el TEDH en los Fundamentos de Derecho, señaló que la procreación debe hacerse dentro de un marco de responsabilidad y compromiso hacia los hijos

En esta línea, los demandantes, siendo conscientes de ser portadores sanos de la mucoviscidosis que podía ser transmitida a sus descendientes, solicitan acceder al diagnóstico genético preimplantatorio a fin de seleccionar un embrión que no estuviera afectado por esta patología siendo que esta técnica está disponible en su país para ciertos grupos de categorías de las que no forman parte.

Al invocar el art. 8 del Convenio, los demandantes se quejan de la violación de su derecho al respeto de la vida privada y familiar en la medida en que la única vía que les deja su legislación para tener hijos que no estén afectados por la enfermedad de la que son portadores sanos es fecundarlos de forma natural y proceder a la interrupción del embarazo cada vez que se compruebe que el feto está afectado, como ya les había

acontecido después del nacimiento de su primer hijo, momento en el que se enteran de que son portadores de la citada enfermedad. Consideran que “el derecho al respeto de la decisiones sobre convertirse o no en padres” en el sentido genérico de la expresión se incluye en el concepto de derecho al respeto de la privacidad y la familia (citando el caso *Evans contra Reino unido* GS (TEDH 2006,19), nº 633905, ap. 71, TEDH 2007.I).

El TEDH consideró que con el acceso al DPI los padres buscan el diagnóstico de una enfermedad específica de una particular gravedad e incurable en el momento en que fueron diagnosticados (remitiendo al informe del CDBI Consejo de Europa, parte b “el Ciclo del DPI”, apartado 25).

Asimismo recuerda que el concepto de “vida privada” en el art. 8 invocado es muy amplio, lo cual ya se ha reconocido en otros supuestos planteados ante el mismo tribunal, y entre ellos, la decisión de los demandantes de convertirse en padres genéticos (*Dickson contra Reino Unido* GS (THDE 2007,86) nº 4436204, ap 66, TEDH 2007-V). Por lo que el TEDH concluyó que se podía aplicar el artículo en cuestión en materia de acceso a las técnicas heterólogas de fecundación artificial de fertilización *in Vitro* (*S.H. y otros contra Austria* GS [TEDH 2010, 56] , núm. 57813/00, ap. 82, TEDH 2011).

En este caso, el Tribunal considera que el deseo de los demandantes de gestar un niño que no esté afectado por la enfermedad genética de la que son portadores sanos y de recurrir, para hacerlo, a la fecundación médica asistida y al DPI depende de la protección del citado art. 8, constituyendo tal elección una forma de expresión de sus vida privada y familiar, por lo que entiende que este precepto es aplicable al caso.

Por último, el Tribunal señala que el sistema legislativo italiano en este punto carece de coherencia cuando, por una parte, prohíbe la implantación limitada de los embriones no afectados por la enfermedad de la que los demandantes son portadores sanos y, por otra, les permite abortar un feto afectado por dicha enfermedad, con la consecuencia de tener que recurrir a la interrupción del embarazo cada vez que se detecte que el feto está aquejado de dicha enfermedad.

Por lo que dicho Tribunal por unanimidad declara admisible la demanda en lo referente al art 8, y, por tanto, entiende que la prohibición de acceder al DPI supone una

injerencia en la vida privada y familiar de los demandantes, aunque declara inadmisibile el resto de las pretensiones de la demanda.

Por tanto, permite a los padres acudir al DPI para no concebir un hijo aquejado por la enfermedad transmisible que padecen.

El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse en otras sentencias, acerca de aspectos relacionados con el art. 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos; así, cabe citar, entre otras, la sentencia 2010/56, de 1 de abril (*Caso S.H. y otros contra Austria*). En ésta se hace referencia a que la utilización de técnicas de reproducción asistida está incluida en el ámbito de aplicación del art. 8 del citado Convenio, pero ello no implica obligación del Estado de regular o permitir la aplicación de las mismas, aunque si están reguladas porque el Estado así lo ha decidido, dicha regulación no puede ser discriminatoria; en este sentido señala: “Un Estado no esta obligado a regular la procreación artificial, pero una vez tomada la decisión de permitirla, el marco legal debe ser configurado de manera coherente, de modo que permita tomar en cuenta los diferentes intereses adecuadamente de acuerdo con las obligaciones derivadas del Convenio”. Aunque el Estado puede decidir, en virtud el principio de autonomía, la no regulación de las mismas. En relación con el art. 12 del citado Convenio, que contempla el derecho del hombre y de la mujer a casarse y a crear una familia, reiteró que el concepto de “vida privada” que aparece en el art. 8 es muy amplio, e incluía la decisión de tener o no tener un hijo²¹⁹.

En consonancia con la línea argumental expuesta por el TEDH, habría que entender que si la enfermedad o la malformación son debidas a la carga genética transmitida por los progenitores en el momento de la concepción, no teniendo éstos posibilidades de acudir a las técnicas de reproducción asistida, bien porque la ley no lo permite bien porque no existan, no es posible exigir a éstos una responsabilidad civil pues la única posibilidad de no nacer con dicha carga genética es la de no nacer.

²¹⁹ Véase VIDAL MARTÍNEZ, J., “Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 34/2011, pp. 155-201.

Ahora bien, si la posibilidad de dichos tratamiento existe y es permitida por la legislación vigente, como es el caso de nuestro país, pero no hay posibilidad de acceso en la sanidad pública, si los progenitores no tienen medios para la realización de las pruebas en la sanidad privada, cabría preguntarse si la respuesta sería la misma, y se les podría exigir responsabilidad civil por el nacimiento de un hijo con dichas enfermedades o defectos.

Ello nos lleva a hacer una referencia a las técnicas de reproducción asistida en nuestro país.

Como es sabido, en España las técnicas de reproducción asistida están reguladas por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que hay que poner en relación con la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, que, entre otras cosas, permite la aplicación de estas técnicas para los supuestos de prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético. De hecho, en la Exposición de Motivos de la Ley 14/2006 de TRHA se alude a la función de prevención que cumplen dichas técnicas señalando: “Por otra parte, se ha producido una evolución notable en la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en su vertiente de solución de los problemas de esterilidad, al extender también su ámbito de actuación al desarrollo de otras complementarias para permitir evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo. El diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento y a la posibilidad de seleccionar preembriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo”. Y ello tiene su reflejo en el art. 1.1, b) que señala que la Ley tiene por objeto “Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley”. La Ley no establece en principio ninguna limitación en cuanto al uso de las TRHA por las personas, pues en su art. 3.1 señala que “Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y

consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación”, disponiendo en el art. 6.1 que “Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.- La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”.

En cuanto al Diagnóstico preimplantacional, el art. 12.1 establece que “Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para: a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectados para su transferencia. b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión”.

Por tanto, en nuestro país, las parejas tienen acceso, sin más limitaciones que su propia salud o la del futuro feto, a las TRHA y también al Diagnóstico preimplantacional.

Hay que tener en cuenta que esta norma tiene su proyección también en el ámbito de las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales han regulado sobre la materia. Entre ellas destaca la Comunidad de Andalucía, una de las primeras en regular el derecho al consejo genético en la *Ley 11/2007, de 26 de noviembre, reguladora del consejo genético de protección a los derechos de las personas que se sometan a análisis genéticos y de los bancos de ADN en Andalucía*, en cuya Exposición de Motivos se señala que “(...) los frutos de la investigación en genética humana han supuesto un cambio trascendental en nuestra comprensión del organismo humano y de la causa de muchas enfermedades de base genética y sus resultados se están traduciendo en aplicaciones médicas, incluyendo diagnósticos y terapias (...) permitiendo notables avances en la posibilidad diagnóstica y en prevención de ciertas enfermedades (...)”. Mediante el Decreto de 156/2005 se reguló el Diagnóstico Genético Preimplantatorio en el sistema Sanitario Público de Andalucía, un procedimiento de diagnóstico consistente

en realizar un análisis genético a preembriones obtenidos por técnicas de fecundación *in vitro* antes de ser transferidos al útero, técnica con la que se pueden seleccionar preembriones libres de la enfermedad que padecen o de las que son portadores los padres, con lo que se impide el riesgo de nacimiento de hijos con graves enfermedades²²⁰, al igual que sucede en la ley estatal.

En la Comunidad de Andalucía, por tanto, igual que permite la ley estatal, los progenitores puedan acceder a estas técnicas puesto que está permitido el acceso a las técnicas DPI y, además, dicho acceso se encuentra dentro de los servicios del sistema sanitario público.

La importancia de este acceso se pone de relieve por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía en el Plan de Genética de dicha Comunidad al afirmar que “la genética clínica está aportando conocimientos para impedir la aparición de defectos congénitos, tratar secuelas de trastornos de base genética y disminuir la carga de enfermedades crónicas. El potencial preventivo de la genética clínica se extiende prácticamente a todas las ramas de la atención sanitaria y se produce en todas las fases del ciclo vital. De igual forma que la detección sistemática en la población de trastornos metabólicos hereditarios ha permitido preservar la vida y la salud de muchos recién nacidos, comienzan a mostrarse muchas otras formas en que la provisión de servicios de genética clínica desde la perspectiva de la salud pública, pueden contribuir a proteger la salud y evitar el sufrimiento”²²¹.

Sin embargo, en el consejo genético también existen limitaciones, en base a lo que se ha denominado “derecho a no saber”, que se fundamenta en la autonomía de las

²²⁰ La regulación del Diagnóstico Preimplantatorio y la creación de la Comisión Andaluza de Genética y Reproducción han sido dos iniciativas pioneras en el conjunto del Estado, que suponen una prestación de indudable valor para aquellas personas con riesgo de transmitir una enfermedad hereditaria grave a su familia (Plan de Genética de Andalucía, Junta de Andalucía, Consejería de Salud), en aplicación de lo que ya regula la Ley 14/2007.

²²¹ El consejo genético engloba las técnicas de análisis presintomáticas y predictivas, el diagnóstico prenatal, la detección de portadores de trastornos autosómicos recesivos ligados al cromosoma X, junto con la capacidad de comunicación de los riesgos y opciones para evitarlos. Todo ello en el ámbito del sistema público de salud.

personas y que pretende evitar un daño psicológico²²². Pero dicho derecho no es ilimitado, puesto que “puede ser restringido por concurrir una situación de riesgo para las personas genéticamente relacionadas con el paciente, o en el caso de que exista un tratamiento que pudiera paliar o prevenir la evolución de la patología en cuestión”²²³.

Ahora bien, el hecho de que en esta Comunidad Autónoma exista la posibilidad para los progenitores de acceder al DPI en el sistema sanitario público no implica que dicha Comunidad propugne el nacimiento de la responsabilidad civil si no se acude, pues hay que contextualizar los casos concretos.

A la vista de todo ello, habría que concluir que, en el caso de que dichas enfermedades o deficiencias se transmitieran o se contagiaran al feto en el momento de la concepción, habiendo puesto, además, los progenitores todos los medios a su alcance para evitar dicha transmisión, éstos no serían responsables de los daños producidos²²⁴.

No obstante, si los padres son conocedores de que son portadores de la enfermedad y esta enfermedad tiene la capacidad de ocasionar al feto graves deficiencias evolutivas que se mantendrán cuando el hijo haya nacido, y éstos no han acudido, pudiendo hacerlo y siendo un servicio gratuito, a poner los medios para tener descendencia no afectada por dicha enfermedad y ello da como resultado la existencia de un niño afectado por la misma, hay que entender que dicho comportamiento de los progenitores, si no es doloso, como mínimo es culposo o imprudente.

B) La antijuricidad de la conducta de los progenitores.

²²² Así se señala por el Comité de Bioética de España en el “Informe del Comité de Bioética de España sobre el consejo genético prenatal”, p. 18.

²²³ Así lo establece la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en cuyo art. 9.1 se dispone que “la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención”, y legislación autonómica concordante sobre la autonomía del paciente.

²²⁴ Así se pronuncian también ATIENZA NAVARRO, “La responsabilidad civil de los padres...”, *cit.*, p. 69; y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, PÉREZ VALLEJO, *ob. cit.*, p. 125.

Partiendo del principio *alterum non laedere*, todo acto u omisión que causare daño a tercero se presume antijurídico en tanto en cuanto no le asista una causa exonerativa de la responsabilidad²²⁵.

Sin embargo, la cuestión que no deja de ser conflictiva es si existe en el tema que abordamos la lesión de un derecho subjetivo o de un interés jurídicamente protegido que conlleve la antijuridicidad de la acción de los padres, que apunte el presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual²²⁶, puesto que en el ámbito del derecho de familia existen supuestos que carecen de antijuridicidad²²⁷.

No obstante, en el caso que nos ocupa, fundamentándose en que la responsabilidad civil se basa en el daño producido, se puede pensar que la transmisión negligente de una enfermedad al feto podría considerarse como una acción antijurídica, pues una vez el hijo ha sido concebido surge en los padres un deber de cuidado con respecto al feto y de preservación de su salud e integridad²²⁸, y si negligentemente se le causa un daño este debería ser reparado en virtud del principio anterior.

²²⁵ PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad extracontractual aquiliana o delictual*, cit., p. 525.

²²⁶ Como apunta BUSTO LAGO, J.M., *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Cálamo 2004, pp. 60 y ss, existen supuestos dentro de la regulación existente de la responsabilidad civil de indemnización de daños por acciones no antijurídicas porque existen normas que así lo establecen; concretamente, en el ámbito del derecho de familia el autor cita como ejemplo el art. 43 CC que se refiere al incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio.

²²⁷ Por ello, señalan SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, PÉREZ VALLEJO, *ob. cit.*, pp. 21-23, que es fundamental a la hora de establecer si existe daño familiar resarcible el establecer la antijuridicidad y la imputación subjetiva y objetiva, pues ello va a determinar qué intereses son los que se protegen y frente a qué hechos lesivos se protegen así como cuál es el conflicto de intereses que se resuelven en la reclamación de dichos daños, y en este sentido ambas autoras realizan un amplio análisis de la antijuridicidad como nota esencial al daño de familia reparable en pp. 40-86 en relación a los concretos casos en que se puede dar esta antijuridicidad en el ámbito familiar.

²²⁸ Afirma la antijuridicidad de estas conductas, RUÍZ LARREA, *ob. cit.*, p. 6. Hay una parte de la doctrina que entiende que este deber de cuidado podría suponer una intromisión en la vida personal de la embarazada y su autonomía y voluntad (prohibición de no fumar o de no consumir drogas, etc., con el fin de salvaguardar la vida y la salud del feto); expertos en medicina como FALCÓN ROMERO, M., LUNA MALDONADO, A., “Problemas ético-jurídicos en el consumo de drogas durante el embarazo”, *Cuadernos de Bioética*, XVIII, 2007 (2), pp. 244-245, con ciertas reservas estiman que “si tras la información de los riesgos la embarazada no adopta una conducta adecuada, deberían imponerse medidas de control para evitar y/o minimizar los posibles daños”. Esto parece prudente por cuanto está en ponderación un interés mayor que el de la madre como es el derecho del hijo a una vida sana, lo que podría considerarse como límite a la actuación de la madre. Por su parte, COBAS COBIELLA, M^a. E., “¿Embarazo y daños en la procreación? Algunas notas en relación a la cuestión”, *Revista Española de Drogodependencias*, 36 (4), 2011, p. 485, entiende también que la responsabilidad de la madre por daños a los hijos por consumo de drogas es una cuestión que se debería contemplar desde una visión bioética y dentro de marcos de prevención y planes de salud a nivel nacional y autonómico, mas que desde una visión jurídica, porque la intervención del derecho sólo se produce cuando ya se han ocasionado los daños.

Ya se ha indicado que la antijuricidad no deriva en si misma del acto y omisión, que pueden ser perfectamente lícitos y conformes a Derecho, sino de las consecuencias dañosas que se generan a un tercero por culpa o negligencia del sujeto que realiza el acto u omisión.

Y en este sentido, una conducta de los progenitores que produzca daño al feto puede ser considerada antijurídica en el sentido amplio que exige este requisito.

C) El daño ocasionado al hijo.

Existe un presupuesto fundamental en el nacimiento de la responsabilidad civil, y éste es la existencia de daño²²⁹. Si no existe daño no existe obligación de reparación del mismo²³⁰.

La transmisión de una enfermedad o de una malformación supone un menoscabo en la salud del feto, que si no se trata, puede desarrollarse una vez producido el nacimiento y limitar la salud del hijo ya nacido²³¹.

Desde el momento en que en que existe un menoscabo en la salud del hijo se puede considerar que hay daño²³². Sin embargo, hay autores que han puesto la existencia de este daño en duda pues en el momento de cometerse el ilícito todavía no existe el sujeto que padece dicho menoscabo²³³. Sin embargo, hay que recordar que el daño ocasionado es imputable a aquel acto que lo causa, y que no es necesario que

²²⁹ Estima PASCUAL ESTEVILL, *ob. cit.*, p. 516, que la realización de una acción u omisión por parte del sujeto agente produce una diferencia en la situación de la víctima antes y después de la realización de dicha conducta, a la que denomina la teoría de la diferencia, señalando que la responsabilidad civil pretende “la nivelación de la diferencia que se produce entre la situación actual en que se hallaría el patrimonio de la persona perjudicada sin el hecho dañoso y el que realidad se presenta”.

²³⁰ En este sentido se manifiesta la doctrina; por todos, VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, *Tratado de responsabilidad Civil T I* (Coord. L. F. Reglero Campos), Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 3ª ed., 2008, pp. 249 y ss.

²³¹ NAVEIRA ZARRA, M. Mª., “El evento dañoso”, en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual* (Dir. J. Mª. Pena López), Barcelona: Ed. Cálamo, 2004, pp. 44-45, señala que el daño para ser resarcible ha de ser cierto, aunque la certeza no debe confundirse con la actualidad, pues es posible calificar como cierto un daño que todavía no ha tenido lugar (daño futuro), como es el caso de las lesiones físicas padecidas por una persona.

²³² Cabe recordar que en los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*, el art. 2:101 establece que “El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido”.

²³³ A estas posturas ya se ha hecho referencia en epígrafes anteriores.

exista coincidencia temporal entre la acción productora del daño y el evento dañoso (producción indirecta del daño), siempre que exista nexo causal entre ambos²³⁴.

Ahora bien, el daño debe ser de entidad suficiente para que deba ser resarcido, y ha de probarse²³⁵. Debe tratarse de defectos o de enfermedades que alteren gravemente el desarrollo normal de la vida del hijo, y no de defectos insignificantes o enfermedades que tengan curación, u otros aspectos de la integridad física o de la salud que no impidan al hijo desarrollarse plenamente²³⁶.

La conducta activa u omisiva de los progenitores puede provocar tres tipos de daños: patrimoniales (que incluiría tanto el daño emergente como el lucro cesante, aunque esto se encuentra discutido²³⁷), personales o corporales y morales.

D) La culpa o negligencia en la actuación de los progenitores.

En el art. 1902 existe una clara referencia a que esa conducta del sujeto agente del daño debe de producirse “interviniendo culpa o negligencia”²³⁸.

²³⁴ Así lo señala expresamente RUÍZ LARREA, *ob. cit.*, p. 7.

²³⁵ En los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*, el art. 2:105 dispone que “El daño debe probarse de acuerdo con los criterios procesales ordinarios. El tribunal podrá estimar la cuantía del daño cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa”. Véase al respecto REGLERO CAMPOS, “El nexo causal”, *cit.*, pp. 376-384.

²³⁶ En este sentido, ATIENZA NAVARRO, *ob. cit.*, p. 75; MACIA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales* (Las llamadas acciones de Wrongful birth y wrongful life), Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 76.

²³⁷ El art. 1106 CC establece que “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”. Al primer supuesto se le denomina daño emergente, el valor de la pérdida producida; al segundo, lucro cesante que es la ganancia (ventaja o utilidad económica) dejada de obtener; hay una cierta línea jurisprudencial de la Sala 1ª del TS, defendida por Xavier O’callaghan Muñoz, consistente en sostener que el señalado precepto no es aplicable en el ámbito de las obligaciones extracontractuales, con lo que la diferenciación del daño emergente y el lucro cesante hay que extraerla del art. 1902 CC (STS de 5 de noviembre de 1998). Opuestos los conceptos de daño emergente (*damnum emergens; quantum mihi abest*) y lucro cesante (*lucrum cessans; quantum lucrari potui*) el primero constituye un empobrecimiento patrimonial, mientras que el segundo constituye una falta de enriquecimiento o falta de crecimiento patrimonial; en el primero, la pérdida o detrimento consiste en algo que sale del patrimonio, mientras que en el segundo consiste en algo que deja de entrar en él; en un caso, hay riqueza perdida, algo que se va, y, en el otro, riqueza inconseguida, algo que no viene.

²³⁸ Señalan DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, pp. 60-68, y Díez-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., A., *Sistema de Derecho civil, Vol. II/2. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad Extracontractual*, Madrid: Ed.

Ni en dicho precepto ni en los artículos subsiguientes se define la culpa o negligencia; sin embargo, en nuestro Código civil, el art. 1104 establece que “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.- Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”²³⁹.

Entiende la doctrina que la culpa o, en su defecto, la negligencia, son factores decisivos para la aparición de la responsabilidad civil, sin los cuales no existiría derecho a la reparación, pese a la existencia del daño²⁴⁰. Esta premisa no siempre se va a cumplir si se entiende culpa en sentido estricto, como posteriormente se apuntará en los supuestos específicos que se van a señalar.

Otros autores entienden que el principio de culpa se basa en la fuerza de la pretensión de quien tiene una razón suficiente que le legitime para reclamar a otro la reparación del daño que no tenía el deber de soportar²⁴¹.

Tecnos, 11ª ed., 2015, pp. 329-330, que el concepto de culpa en la jurisprudencia del TS ha evolucionado hacia una concepción objetiva al invertir la carga de la prueba imponiéndola al agente, afirmando que la culpa como criterio de imputación del daño ha dejado paso a la mera relación de causalidad entre él y la acción u omisión, cuestionándose hasta qué punto esta postura afecta el derecho fundamental de la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE. Véase también la evolución que ha sufrido el concepto de culpa en SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, PÉREZ VALLEJO, *ob. cit.*, pp. 87-92, señalando que parecen existir tres tipos de criterios para valorar la existencia de responsabilidad: el criterio de la culpa, el de riesgo y el de responsabilidad objetiva, señalando que, en relación a la imputación subjetiva de un daño extracontractual se han encontrado, en la doctrina y en la jurisprudencia, hasta cuatro posturas: las que sostienen que sólo será resarcible el daño en familia que se produzca dolosamente, la que admite que son resarcibles los daños causados dolosamente y por culpa grave, la que considera que se pueden dar en los daños intrafamiliares casos de responsabilidad objetiva, y, por último, la que estima que la culpa o negligencia ha de ser suficiente por tratarse del criterio general de imputación subjetiva, posición que comparten las autoras.

²³⁹ En cuanto a la conducta exigible, la STS de 17 julio 2007 asume el estándar establecido en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”, cuyo art. 4:102.1 define el “Estándar de conducta exigible” como “el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias, y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos”.

²⁴⁰ Así GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, *Tratado de responsabilidad civil*, T I (Coord. L. F. Reglero Campos), 3ª ed., Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 2008, p. 479, estima que en el sistema general de responsabilidad por culpa es imprescindible la imputabilidad civil del responsable, que es capacidad de culpa o discernimiento para comprender el alcance de los propios actos y actuar en consecuencia.

²⁴¹ Así, REGLERO CAMPOS, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, *Tratado de responsabilidad civil*, *cit.*, p. 212.

Por otra parte, parece que la jurisprudencia estima que la negligencia de la acción se puede valorar por medio del principio de previsibilidad²⁴². Comparte esta idea un sector de la doctrina. Así Reglero señala, en relación a los juicios de previsibilidad, que se aprecia que hay responsabilidad cuando el sujeto agente, según la reglas de la experiencia humana ordinaria, debió prever que el acaecimiento de un hecho o de un suceso era dañoso, o cuando era razonable que lo hubiera previsto bajo esas circunstancias, dado que si no era previsible no existe responsabilidad²⁴³; pues si sucede esto último se produce lo que Pascual Estevill denomina ruptura del nexo causal de manera que “la conducta del sedicente agente no es causa o, como diría Santos Briz, no es causa trascendente del efecto producido por la actuación decisiva y preponderante del factor extraño, que ha de ser imprevisible e inevitable dadas las circunstancias extrañas a su desencadenamiento, constituyéndose, en este caso, en la verdadera razón del daño originado”²⁴⁴. Como señala Díez-Picazo, la causa funciona como condición *sine qua*

²⁴² En este sentido, entre otras muchas, las SSTS 1-12-1987, 7-10-1994, 31-03-1995. La sentencia núm. 410/2003 de la AP de Valencia de 19 de junio de 2003 señala que “La previsibilidad del daño constituye requisito esencial para el nacimiento de la responsabilidad por culpa extracontractual, de forma que en los supuestos en que exista imprevisibilidad cesará la obligación de responder por aplicación del artículo 1105 del Código Civil, y entra en juego el mecanismo del caso fortuito, por el que se entiende todo suceso imposible de prever, o que, previsto, sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa alguna del agente, de manera que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, por lo que para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable, y que cuando el acaecimiento dañoso fue debido al incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que con ese actuar falta la adecuada diligencia por omisión de atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotando una conducta interfiriente frente al deber de prudencia y cautela exigibles, que como de tal índole es excluyente de la situación de excepción que establece el indicado artículo 1105, al implicar la no situación de imprevisibilidad, insufribilidad e irresistibilidad requeridas al efecto”; por su parte, y subrayando esta idea, la sentencia núm. 15/2008 de la AP de Barcelona, Sección 4ª, de 17 de enero de 2008 indica que “La previsibilidad del daño constituye requisito esencial para el nacimiento de la responsabilidad por culpa extracontractual, de forma que en los supuestos en que exista imprevisibilidad cesará la obligación de responder por aplicación del Código Civil y entra en juego el mecanismo del caso fortuito. Caso fortuito implica todo suceso imposible de prever o que previsto, sea inevitable y realizado sin culpa alguna del agente, de manera que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable. Cuando el acaecimiento dañoso fue debido al incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que con ese actuar falta la adecuada diligencia por omisión de atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotando una conducta interfiriente frente al deber de prudencia y cautela exigibles.”

²⁴³ REGLERO CAMPOS, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima o fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, *lug. úlm. cit.*

²⁴⁴ PACUAL ESTEVILL, *ob. cit.*, p. 572, añadiendo la referencia al art. 1107 CC en el que se establece que “los daños y perjuicios de que responda el deudor (...) han de ser consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”, lo que se pone en relación con el art. 1105, segundo inciso, CC, en el que se dispone que “nadie responderá de aquellos supuestos que no hubiesen podido preverse” (y así se recoge en las

non del daño, es decir, aquel de los elementos o condiciones, que si hubiera faltado el resultado dañoso no se hubiera producido, de manera que si no existiera la causa desaparecería el daño (*sublata causa tollitur effectus*). Además de lo dicho debe darse un nexo de voluntad que viene dado no solo por la previsibilidad del resultado sino también por la previsibilidad de todo el desarrollo causal que conduce al evento dañoso. Es decir, si el daño no es previsible por falta de conocimiento o por el estado de la ciencia médica en el momento actual, quebraría la causalidad, pese a la existencia de daño. Se entraría a establecer asimismo, entre otras, las causas directas y remotas de las causaciones del daño, así como los juicios de probabilidad y la teoría de la causalidad adecuada, es decir, el criterio de imputación en relación a la causalidad vendría determinado en analizar si un resultado causado por un agente solo se le puede imputar a éste si su conducta ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y este peligro se ha materializado en el caso concreto²⁴⁵.

Por último, hay que señalar que hay autores que estiman que la diligencia exigible en el ámbito de las relaciones familiares viene determinada por los deberes legales derivados de tales relaciones, y que configuran el contenido de esa diligencia así como por el marco en que se verifican los riesgos susceptibles de causar daño²⁴⁶.

En relación con este presupuesto se pueden distinguir varias situaciones en cuanto a la responsabilidad de los progenitores en el caso de transmisión de enfermedades o malformaciones al hijo.

Si partimos de la idea de que la culpa es una falta de diligencia, con independencia de la voluntad del sujeto agente dirigida a producir el daño o no, hay que tener en cuenta que los progenitores pueden conocer o no el riesgo de dañar al feto con dicha conducta, tanto sea activa u omisiva.

STS de 11-11-1982 y 14-04-1983), o bien que “previstos fueran inevitables” (STS de 2-02-1926, 21-12-1963 y 25-03-1965).

²⁴⁵ Así, DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, cit., p. 337.

²⁴⁶ Así, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, PÉREZ VALLEJO, *ob. cit.*, p. 113, quienes añaden que en este sentido se deben considerar todos los criterios enumerados en el punto 4:102 PETL para valorar la diligencia una vez causado el daño.

Si los progenitores desconocían que padecían la enfermedad o la alteración genética, parece que no concurre esa culpa o negligencia, y, por tanto, hay que descartar la existencia de responsabilidad civil²⁴⁷.

Por el contrario, si conocían la existencia del padecimiento de la enfermedad o de alteraciones genéticas en ellos mismos o en el círculo más próximo de parientes, y su conducta es negligente, en este caso se puede atribuir la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al feto²⁴⁸.

Ahora bien, si es necesaria la existencia de culpa o negligencia en los progenitores para atribuirles una responsabilidad por la transmisión de enfermedades o defectos, cabría plantearse si sería posible que existiera también responsabilidad civil por la asunción de riesgos.

La doctrina entiende por riesgo un elemento integrado por dos factores, en cuanto a la materia tratada de riesgos para la salud: el primero, el de probabilidad de producción, y el segundo, la magnitud del daño en caso de que se produzca, aunque la jurisprudencia no parece admitir la doctrina de los riesgos como causa de imputación de responsabilidad²⁴⁹.

²⁴⁷ En este sentido también, RUÍZ LARREA, *ob. cit.*, p. 2; ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Las enfermedades con las que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural”, *Revista Española de Drogodependencias*, núm. 31 (1), 2008, p. 100.

²⁴⁸ RUÍZ LARREA, *lug. ultm. cit.*; ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural”, en *Daños en el Derecho de Familia*, *cit.*, p. 75.

²⁴⁹ Como señalan FALCON ROMERO y LUNA MALDONADO, *ob. cit.*, p. 240, “un daño mínimo o de escasa entidad, muy probable o cierto, no es equiparable a un riesgo de muerte o de lesión grave pero con menor probabilidad”. ROCA TRÍAS, E., “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2009, p. 6, tomando la cita de Díez-Picazo, señala que “la llamada doctrina del riesgo se formula estableciendo que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial, hace al autor de tal actividad responsable del daño que dentro de ese marco de riesgo se pueda causar, sin que haya de buscar si ha existido o no culpa de su parte. Se justifica con una elemental idea de justicia: si con su actividad una persona se procura un beneficio es justo que repare los daños que causa”, observando que la jurisprudencia rechaza la responsabilidad por riesgo como fuente generadora de la obligación de responder, salvo las excepciones que indica, concluyendo que “debe deducirse que, o bien en los grupos de casos enumerados, se ha acabado en una responsabilidad de tipo objetivo, por disposición legal, o bien se va a responder por el criterio de la culpa y no por el riesgo, de modo que no parece que en este momento de la historia de la responsabilidad civil tenga ninguna utilidad hablar del riesgo como nuevo e independiente criterio de imputación” (p. 11).

A pesar de ello se podría cuestionar si nace responsabilidad civil de los progenitores que tienen conocimiento de que el *nasciturus* tiene un riesgo superior a la media de padecer una enfermedad o malformación materializada en el nacimiento y no deciden abortar, siendo que les está permitido.

Los supuestos en que se permite abortar están directamente en conexión, como contrapartida, con aquellos casos en los que no está permitido, y, por tanto, en éstos se cometería un delito, según nuestro Código penal (arts. 144 a 146), lo cual también influye en la asunción de los riesgos por los progenitores.

En España, el aborto se regula en la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, modificada recientemente en punto al consentimiento de las menores y mujeres incapacitadas por la *Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo*. Esta ley tiene como objeto garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y salud reproductiva establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS), regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos (art. 1). En su Título II, arts. 13 y 14, se concreta la despenalización de la práctica del aborto inducido durante las primeras 14 semanas del embarazo²⁵⁰. Durante este tiempo, la

²⁵⁰ En el art. 13 se establecen los requisitos comunes para producir una interrupción del embarazo, que son los siguientes: “Primero.- Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección. Segundo.- Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado. Tercero.- Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley”. En cuanto a las causas dicha interrupción, el art. 14 se refiere a la interrupción del embarazo a petición de la mujer: “Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.- b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención”. Y en el art. 15 se señalan las causas de interrupción del embarazo por razones médicas: “Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.- b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en

mujer podrá tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción de su embarazo, prohibiéndose la intervención de terceros en la decisión. En su art. 15 se señala que el plazo para la interrupción voluntaria del embarazo aumenta hasta la semana 22 en casos de “graves riesgos para la vida o la salud de la madre o el feto”. A partir de la vigésima segunda semana, solo podrá interrumpirse el embarazo en dos supuestos: en el caso de que “se detecten anomalías en el feto incompatibles con la vida”, y en el caso de que “se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.

En el art. 3 se establecen los principios que rigen la ley y su ámbito de aplicación, señalando: “1. En el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes.- 2. Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida”. Añade, además, el precepto que “3. Nadie será discriminado en el acceso a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley por motivos de origen racial o étnico, religión, convicción u opinión, sexo, discapacidad, orientación sexual, edad, estado civil, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.- 4. Los poderes públicos, de conformidad con sus respectivas competencias, llevarán a cabo las prestaciones y demás obligaciones que establece la presente Ley en garantía de la salud sexual y reproductiva”.

Por lo tanto, en esta ley, con los requisitos y limitaciones temporales establecidas en la misma, se está permitiendo la interrupción del embarazo a una mujer que conoce que el feto tiene enfermedades o malformaciones graves.

Si se práctica la interrupción del embarazo en estas condiciones, no cabe exigir ningún tipo de responsabilidad a la mujer; si, por el contrario, se práctica una

un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.- c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.

interrupción fuera de los casos permitidos, por la ley, se estaría en los supuestos recogidos en el Código penal como delitos de aborto, y de ahí podría surgir una responsabilidad civil, aparejada a la comisión del delito.

Como se observa, en la Ley se deja a la libre decisión de la mujer la opción de interrumpir el embarazo en caso de graves enfermedades o anomalías del feto, inclusive aumentado el plazo para proceder a dicha interrupción.

Pero la norma no aclara si, en caso de que la mujer decida continuar con el embarazo y se produce el nacimiento de un hijo con tales enfermedades o defectos, deviene responsabilidad civil imputable a la mujer por haber asumido ese riesgo dañoso para el hijo.

En el Preámbulo de dicha Ley se dice que “El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información. (...)”.- Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España, establece la obligación de los Estados Partes de respetar «el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener (...), a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiada para su edad y a que se provean los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos», así como a que «mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones que los demás»”.

Ello parece estar en la misma línea de las citadas resoluciones del TEDH, en el sentido de avalar la libertad de procreación de los seres humanos, dentro del respeto a la intimidad y a la vida privada en la familia.

Y con ello se vuelve a plantear la problemática ya descrita anteriormente acerca de si existe responsabilidad civil en el ámbito de la procreación.

Como se ha señalado anteriormente, y solo se hace indicación breve de la posturas ya expuestas, existen autores que rechazan esta posibilidad por considerar que la responsabilidad civil no se puede aplicar en las relaciones familiares ya que dañarían la propia estructura de la familia, y que, por tanto, no cabe aplicar el art. 1902 CC²⁵¹.

Frente a esta postura se encuentran aquellos autores que consideran que si los progenitores eran conscientes de la posibilidad de transmitir la enfermedad o taras a los hijos son responsables frente a éstos por el daño ocasionado²⁵².

Y hay autores que matizadamente entienden que si el daño, inimputable a la progenitora, ha acontecido de manera previa, y nada puede hacer con una conducta que le sea jurídicamente exigible, no devendría responsabilidad para la misma²⁵³.

Sin embargo, cabe señalar que, como se ha indicado, en la jurisprudencia se admite el principio de responsabilidad por culpa y no por riesgo²⁵⁴.

²⁵¹ En este sentido, MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M., GÓMEZ DE LIAÑO Y COBALEDA, M., *La incapacitación y figuras afines*, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 1987, pp. 53 a 55. Con ciertas dudas, se manifiesta respecto a que se pueda exigir responsabilidad a los progenitores en este supuesto en la procreación natural, aunque la admite en la procreación artificial, PANTALEÓN PRIETO, F., “Procreación artificial y responsabilidad civil”, *La filiación a finales del S. XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco*, Madrid: Ed. Trivium, 1988, p. 276.

²⁵² RUÍZ LARREA, *ob. cit.*, p. 3; UREÑA MARTÍNEZ, M., “Comentario a la STS de 6 de junio de 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 45, 1997, pp. 1115 y 1116.

²⁵³ ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural”, en *Daños en el Derecho de Familia*, *cit.*, pp. 78-82, que analiza detenidamente este supuesto.

²⁵⁴ En este sentido, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, PÉREZ VALLEJO, *ob. cit.*, p. 124, quienes, sin embargo, apuntan que hay daños familiares que parecen llamados a convertirse en supuestos de responsabilidad objetiva, citando precisamente el caso de los daños sufridos por el hijo con ocasión de la procreación y generados por conductas arriesgadas como las técnicas de fecundación asistida que podría ser imputables a los progenitores que acuden a estas técnicas.

Por otra parte, hay que deslindar si la culpa es imputable a uno de los progenitores o a ambos.

La doctrina ha mantenido posturas contrapuestas.

Hay autores que no diferencian la imputabilidad de la acción aunque uno solo de los progenitores conocía el riesgo de transmisión de la enfermedad al feto, de manera que atribuyen la culpa a ambos progenitores, haciéndolos responsables del daño sufrido por el hijo indistintamente²⁵⁵.

Frente a esta postura existe otra opinión doctrinal en la que se entiende que si el afectado conoce la existencia de la enfermedad o tara genética y se la oculta al otro progenitor, sólo ese progenitor afectado por la enfermedad y que realiza la conducta dañosa sería el responsable²⁵⁶.

Esta postura parece más razonable y adecuada a tenor del art. 1902 CC que exige la culpa o negligencia respecto al sujeto que va a ser declarado responsable.

Por tanto, ante el desconocimiento de la madre o del padre del padecimiento de una enfermedad por el otro progenitor sólo será responsable el progenitor por cuya culpa o negligencia se ha producido el daño al hijo.

Hay que tener en cuenta, para apreciar la existencia o inexistencia de culpa en los progenitores, que hay enfermedades que por su naturaleza y desarrollo no pueden detectarse inmediatamente²⁵⁷, y puede darse el caso de que los progenitores

²⁵⁵ En este sentido, y por referencia concreta a la transmisión del VIH/SIDA, OSTERLING PARODI, F., CASTILLO FREYRE, M., “Responsabilidad Civil por transmisión de enfermedades: Sida y responsabilidad”, *Derecho y Sociedad*, año XIV, núm. 20, agosto 2003, estiman que “Si en cambio, la transmisión no se produjo en el momento de la concepción sino en una etapa posterior, habría que examinar, sobre la base de la teoría subjetiva y los elementos desarrollados, la procedencia de un reclamo indemnizatorio en contra de la madre” (además del padre).

²⁵⁶ Así lo entiende RUIZ LARREA, N., “El daño de procreación...”, *cit.*, p. 2041.

²⁵⁷ A modo ejemplificativo, se puede citar la infección del VIH/SIDA. El VIH, sigla correspondiente a “virus de la inmunodeficiencia humana”, es un retrovirus que infecta las células del sistema inmunitario (principalmente las células T CD4 positivas y los macrófagos, componentes clave del sistema inmunitario celular) y destruye o daña su funcionamiento, provocando un deterioro progresivo del sistema inmunitario, que deriva en “inmunodeficiencia”. La infección por VIH no manifiesta síntomas inmediatamente, aunque durante la seroconversión puedan aparecer algunos que se pueden confundir con otras enfermedades. Por esta razón, la mayoría de las personas que han contraído el virus no conocen su estado serológico, aunque desde ese momento ya pueden transmitir el virus a otros sujetos a través de las

desconozcan su propio estado de salud, ignorando que pueden transmitir la enfermedad al hijo. En estos supuestos no cabría hablar de culpa o negligencia si los progenitores ocasionaran daños al feto, pues para el nacimiento de la responsabilidad de los mismos sería necesario que el resultado dañoso fuera consecuencia de una actuación negligente desde el momento en que se conoce el padecimiento de la enfermedad por uno o por ambos progenitores y no se hubieran tomado las medidas para evitar dicha transmisión al feto²⁵⁸. No obstante, cabe plantearse si se derivaría responsabilidad para los progenitores en el supuesto de que éstos desconozcan la existencia en ellos mismos de la enfermedad pero hubieran realizado comportamientos o prácticas de riesgo y transmitieran esta enfermedad al feto²⁵⁹.

De otro lado se plantea la cuestión de si también quedaría incluido en este elemento la existencia de dolo en la actuación de los progenitores. En el Código civil el dolo se refiere el art. 1107, párr. 2º, CC en el que se establece “En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”, por contraposición a los efectos de un incumplimiento

vías de transmisión que se conocen perfectamente. El virus se transmite a través del contacto directo con la sangre u otros líquidos corporales infectados; concretamente, a través de relaciones sexuales, a través de la transmisión vertical producida de madre infectada al feto, a través de transfusiones sanguíneas o utilización de productos hemoderivados o trasplantes de órganos infectados, y, por último, a través de uso de jeringuillas y agujas infectadas. Sobre el VIH/SIDA existe una abundadísima bibliografía de carácter médico y psicológico-social, siendo más escasa la literatura jurídica sobre dicha infección. Véase, entre otros, ALVENTOSA DEL RÍO, J., “La incidencia del SIDA en el ámbito jurídico español”, en *Revista SEISIDA*, 10 (4), 1999, pp. 210-212, y “Drogodependencia, VIH y prevención. Efectos jurídicos de la falta de prevención”, *Revista Española de Drogodependencias*, 33 (4), 2008, pp. 330-341.

²⁵⁸ Mientras que en el ámbito penal se puede distinguir entre la aparición de dolo directo o dolo eventual, dependiendo de la voluntad de dañar o de la simple admisión del riesgo, en el ámbito de la responsabilidad civil pura acudiríamos a la teoría de la probabilidad. Siendo que en el caso de la transmisión de enfermedades contagiosas la probabilidad de contagio es muy alta en caso de conocerse el padecimiento de la enfermedad, la antijuridicidad de la acción conllevaría el resarcimiento del daño.

²⁵⁹ RUÍZ LARREA, *ob. cit.*, p. 2, estima que esta situación daría lugar a responsabilidad de los progenitores. En relación a la transmisión del VIH existen pronunciamientos en nuestros tribunales en el sentido de estimar la existencia de culpa extracontractual cuando el virus se transmitió con desconocimiento del portador de ser seropositivo pero realizaba prácticas de riesgo. Así, la SAP de Palma de Mallorca, Sala de lo civil, de 14 de septiembre de 2001 contempla el supuesto de marido seropositivo, que desconocía su estado, pero que realizaba prácticas de riesgo, y que transmitió dicho virus a su mujer, ante lo que ésta interpuso una acción de responsabilidad extracontractual en base al art. 1902 CC; la AP estimó que había habido culpa extracontractual en el marido pues, aunque desconocía su estado de seropositividad, no podía desconocer la realización de prácticas de riesgo de las que no informó a su mujer ni utilizó las adecuadas medidas de prevención, por lo que resultó culpable de dichos daños, condenándole al pago de cinco millones de pesetas en atención a las circunstancias de vida del marido; véase al respecto ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Responsabilidad civil derivada de transmisión del VIH/SIDA por vía sexual en el ámbito jurídico español”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 34, 2014, pp. 247-250, y “Drogodependencia, VIH y prevención. Efectos jurídicos de la falta de prevención”, *cit.*, p. 337.

de la deuda por un deudor de buena fe. La doctrina estima que si en los casos de responsabilidad de los progenitores por daños corporales al hijo se admite ésta por culpa o negligencia de los mismos, con mucha mayor razón ha de admitirse cuando tal daño se produce por voluntad explícita de los mismos²⁶⁰.

Por el contrario, la existencia de caso fortuito o fuerza mayor (art. 1105 CC) excluirían en el ámbito de las relaciones familiares la responsabilidad civil, puesto que en estos casos quebraría la existencia de nexo causal entre la conducta de los progenitores y el daño producido al hijo²⁶¹. Pues sólo se pueden reparar los daños que se pruebe que tienen por causa una conducta humana, un comportamiento negligente de los progenitores, como ya se ha indicado.

E) La relación de causalidad.

La relación de causalidad exige que exista un nexo entre la acción u omisión realizada por el sujeto agente y el daño producido²⁶².

De modo que el daño que se ha ocasionado al feto debe proceder de la conducta o comportamiento activo u omisivo de sus progenitores²⁶³.

²⁶⁰ Como destaca la STS de 30 de noviembre de 1999, en el dolo hay un “voluntario incumplimiento y una consciente, deliberada y reflexiva conculcación de lo ordenado en el contrato”. Adicionalmente interpreta el art. 1107 del CC, entendiendo que éste “contrapone la buena fe al dolo y hace coincidir éste con la mala fe y para ello no se precisa la intención de perjudicar y basta tan sólo con infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesaba sobre el deudor, conscientemente”. El Tribunal Supremo ha hecho utilización expresa del dolo civil en materia extracontractual, concretamente en la sentencia de 30 de marzo de 2005 donde lo define como “conducta intencional o al menos plenamente consciente del daño ajeno”, y estima que para su configuración basta la consciencia de que con un hecho propio se realiza un acto antijurídico haciendo lo que no debe hacerse.

²⁶¹ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, PÉREZ VALLEJO, *ob. cit.*, p. 129.

²⁶² Así se subraya también en los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*, en cuyo art. 3:101 se considera *conditio sine qua non* para que exista relación de causalidad “Una actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido”.

²⁶³ Entiende ATIENZA NAVARRO, “La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural”, *cit.*, pp. 62-63, señala que la posibilidad de poder responsabilizar a los padres por la transmisión de una enfermedad al hijo radicaría precisamente en la existencia de un nexo causal y en la posibilidad de imputar objetivamente el daño a la conducta realizada por los padres.

Estos serían los casos en los que los progenitores causan directamente la enfermedad o tara a los hijos, en los que puede establecerse claramente que la conducta de aquellos es la causa del daños de éstos, o cuando los progenitores contagian a sus hijos una enfermedad por no tomar las debidas precauciones o realizar el tratamiento indicado²⁶⁴.

Si la enfermedad o malformación no ha sido causada o transmitida por los progenitores sino que ha sido debida a causas sobrevenidas o a la acción de terceros, los progenitores no podrán ser considerados responsables, encontrándonos ante casos de fuerza mayor o daño fortuito, donde los daños o no se pueden prever o son inevitables²⁶⁵.

Hasta el momento se han apuntado supuestos de responsabilidad civil por acciones de los padres, pero existe otro tipo de supuestos en los que se quiebra momentáneamente el nexo de causalidad, aunque existe daño. Es decir, supuestos en los que si bien el daño no es objeto de la directa causación por uno o por ambos progenitores, éste podría haberse evitado si los progenitores hubieran actuado al respecto²⁶⁶. En este tipo de conductas se podría sustituir el criterio de la causación directa del daño por el criterio del incremento del riesgo al que se ha aludido anteriormente, y partiendo del interés prevalente del hijo a su salud dar lugar al nacimiento de acciones de responsabilidad civil frente a los padres siempre que sea posible la verificación de que el hijo hubiera nacido sin dicha enfermedad o

²⁶⁴ ATIENZA NAVARRO, “Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural”, *Revista española de Drogodependencias*, cit., p. 107, quien estima que la relación de causalidad sería el elemento para poder distinguir los casos de imputación de responsabilidad a los progenitores; de manera que en el caso de que el daño podría haberse evitado con una conducta diligente de los progenitores, cabría con la prudencia debida, exigir dicha responsabilidad a los mismos; en cambio, en el caso de que la enfermedad se transmite o contagia en la concepción y no hay manera de evitar dicha transmisión, no se podría exigir a los progenitores dicha responsabilidad. Recuérdese los mecanismos de prevención para evitar enfermedades o taras o defectos congénitos, transmisibles y heredables, que se han señalado *supra* en el apartado I de este trabajo.

²⁶⁵ En este sentido, RUÍZ LARREA, *ob. cit.*, p. 7.

²⁶⁶ Por ejemplo, el contagio de una enfermedad de forma involuntaria al feto seguido, sin embargo, de la negativa de la madre a tomarse la medicación que puede curarlo; la necesidad de una operación a la que la madre se niega; la negativa a un trasplante de sangre necesario para mantener la salud o la vida de la madre y, consiguientemente, del feto.

malformación si la madre o el padre hubieran actuado positivamente en lugar de omisivamente²⁶⁷.

3.3. La legitimación en las acciones de responsabilidad civil en el supuesto de transmisión prenatal de enfermedad o defectos al hijo.

En caso de plantearse la interposición de la acción para reclamar la responsabilidad civil, hay que recordar que estamos hablando de hijos que han sufrido el daño siendo concebidos no nacidos.

La posibilidad de que el concebido no nacido pueda ser parte en los procesos judiciales se reconoce en el art. 6.1, 2º de la LEC, en donde se establece que podrán ser parte en lo procesos ante los tribunales civiles: “2.º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables”, en el que, como se observa, se hace una remisión implícita al art. 29, segundo inciso, del Código civil²⁶⁸.

Esta fórmula implica que el legislador concede la posibilidad al nasciturus de defender cualquier interés que tenga.

Por virtud del art. 4 de la misma norma, que dispone que “En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de

²⁶⁷ En este sentido, ATIENZA NAVARRO, Mª. L., “Las enfermedades con las que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural”, *Revista Española de Drogodependencias*, cit., p. 99, quien apoya su postura en la distinción entre causalidad e imputación objetiva, basada en la realizada por PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, T II, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 1561 a 1591, y en “Comentario al art. 1.902 C.c.”, en *Comentarios al Código civil*, T II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1981 a 1988.

²⁶⁸ Sobre esta legitimación del concebido no nacido, véase ALISTE SANTOS, T. J., *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Barcelona: Ed. Atelier, 2011; ARROYO Y AMAYUELAS, E., *La protección al concebido en el Código civil*, Madrid: Ed. Civitas, 1992; LORCA NAVARRETE, A. Mª., “La personalidad procesal del concebido no nacido para todos los efectos que le sean favorables en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: ¿un supuesto de apología antiabortista?”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje = Zuzenbide prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria*, vol. 11, núm. 3, 1999, pp. 471-472; *Tratado de derecho procesal civil. Parte especial*, Madrid: Dykinson, 2000; *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento civil* (Coordes. Lorca Navarrete, Guilarte Gutierrez), Valladolid: Ed. Lex Nova, 2000; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Mª. B., PÉREZ VALLEJO, A. Mª., *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, cit., pp. 169-200.

la presente Ley”, la LEC resulta norma supletoria de estos procesos; lo cual implica que este precepto ofrece base suficiente para extender la capacidad procesal del *nasciturus* a estos procesos²⁶⁹. Ello es importante en dos ámbitos fundamentales: por un lado, en el ámbito contencioso-administrativo para poder reclamar la responsabilidad de los profesionales sanitarios derivada de negligencia médica, y, por otro lado, en relación al tema que tratamos, en el ámbito penal para reclamar la responsabilidad derivada del delito de lesiones al feto de los arts. 157 y 158 CP.

De este modo, el reconocimiento de la capacidad procesal de los concebidos no nacidos para ser parte en los procedimientos civiles o penales parece una consecuencia de los efectos favorables que el art. 29, segundo inciso, CC reconoce al *nasciturus*.

Ahora bien, el concebido no nacido no es un ser corpóreo de presente y con personalidad jurídica independiente y reconocida por el ordenamiento jurídico, por lo que se plantea la cuestión de quien puede interponer la pretensión judicial y comparecer en juicio. Pues la ley procesal establece a este respecto en su art. 7.1 que sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

A ello responde, sin embargo, el art. 7.3 LEC que dispone: “Por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacidos”.

Esto supone una remisión a las normas del Código civil en materia de representación de los menores.

En este sentido, el art. 154.3, 2º CC establece que la patria potestad comprende el deber y el derecho de representar a los hijos menores de edad que estén bajo la potestad de los padres. Lo que corrobora el art. 162.1 CC al disponer que “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”²⁷⁰.

²⁶⁹ Véase ALISTE SANTOS, *ob. cit.*, pp.138-140.

²⁷⁰ Se puede distinguir varias situaciones en la representación legal de los padres, según dicha filiación sea matrimonial o extramatrimonial, y dentro de ésta última, según que se haya establecido la filiación respecto a uno solo de los progenitores o a los dos. Pero, en todo caso, en el ámbito de las relaciones

Ahora bien, esta representación conjunta se produce cuando ambos progenitores ostentan la patria potestad, y ambos actúan al unísono o uno con el consentimiento del otro.

De modo que se puede admitir conjuntamente la interposición de demanda y actuación conjunta en juicio por ambos progenitores conjuntamente o por uno con el consentimiento del otro expreso o tácito²⁷¹.

Sin embargo, en cuanto existan desacuerdos entre los progenitores, ya no se da la actuación conjunta, en cuyo caso, el art. 156, 2º CC establece que cualquiera de los progenitores podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos (y al hijo si tuviere suficiente juicio y en todo caso si fuere mayor de 12 años), atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre; y si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio (art. 156.6º CC)

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro (art. 156.5º CC).

En estos supuestos es claro que sólo podrá interponer acción procesal y comparecer en juicio para defender los intereses del hijo al progenitor a quien se haya atribuido la patria potestad y, en consecuencia, la representación legal²⁷².

paterno-filiales, esta representación la ostentan ambos padres o uno de ellos, según la determinación de la filiación.

²⁷¹ ALISTE SANTOS, *ob. cit.*, p. 148.

Lo referido para la representación de los hijos menores no emancipados, en cuanto a su representación procesal, cabe ser aplicado, por remisión del art. 7.3 LEC al Código civil, a la representación procesal del *nasciturus*, con las limitaciones que establece su propia condición de no nacido.

Ahora bien, en el supuesto que estamos tratando, nos encontramos ante el caso de perjuicios ocasionados al concebido no nacido por los propios progenitores, bien por uno solo de ellos bien por ambos, y se trata de daños que afectan a la integridad física o a la salud del *nasciturus*²⁷³.

Por tanto, parece que puede haber intereses contrapuestos entre los hijos y los progenitores.

En estas situaciones el Código civil tiene prevista unas medidas para solucionar este problema.

De manera que si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, según el art. 163.2º CC, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.

Por tanto, sería este progenitor el que podría interponer la reclamación judicial frente al que le ha ocasionado al feto daños en su integridad física o en su salud, basándonos en esa remisión que realiza el citado art. 7.3 LEC al Código civil.

Diferente solución, sin embargo, establece el Código civil, cuando son ambos progenitores los que tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, pues el art. 163.1º CC señala que “se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar”.

²⁷² En el mismo sentido, ALISTE SANTOS, *ob. cit.*, pp. 148-149.

²⁷³ La posibilidad de la defensa de los intereses vitales del concebido no nacido ya se han expuesto en el apartado I de este trabajo; no obstante, la viabilidad de que tales pretensiones se puedan interponer en juicio se admite, además, en el ámbito procesal por ALISTE SANTOS, *ob. cit.*, pp. 171-173.

Así pues, por la remisión señalada, si han sido ambos padres los responsables del daño que sufre el hijo, cabe que se nombre un defensor judicial al *nasciturus*²⁷⁴.

Ahora bien, en este caso se plantea la cuestión de quién estaría obligado a poner en conocimiento del Juez la situación del concebido no nacido, para que proceda a dicho nombramiento.

Sin embargo, el art. 300 CC prevé varias vías para solicitar dicho nombramiento al Juez: de oficio, a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio.

Esta última vía puede ser muy importante dado que el daño del que se trata, el producido al concebido no nacido, se produce dentro del círculo familiar, el ámbito más íntimo de las personas, por lo que el conocimiento de lo que sucede en dicho círculo es en ocasiones difícil de saber, a no ser que sea por las propias personas que integran el grupo familiar o por parientes o personas cercanas al mismo. Por tanto, el citado precepto permite a estas personas la posibilidad de defender la integridad del concebido.

El procedimiento a través del cual se sustancia el nombramiento del defensor judicial está recogido en el Capítulo II, Título II de la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*, en los arts. 27 y siguientes.

Será competente para el conocimiento de este expediente el Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor, en nuestro caso, será del *nasciturus* (o persona con capacidad modificada judicialmente o a modificar) o, en su caso, aquél correspondiente al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo del asunto que exija el nombramiento de defensor judicial (art. 28.1 Ley 15/2015).

²⁷⁴ Defienden esta postura ALISTE SANTOS, *ob. cit.*, p. 149; y previamente, HERNÁNDEZ GIL, F., “Sobre la figura del defensor judicial de menores”, *Revista de Derecho Privado*, 1961, pp. 201 ss.

El expediente se iniciará de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa del menor o persona con capacidad modificada judicialmente o cualquier otra persona que actúe en interés de éste (art. 28.2 Ley 15/2015, que coincide con lo dispuesto en el art. 300 CC).

El Secretario judicial convocará a comparecencia al solicitante, a los interesados que consten como tales en el expediente, a quienes estime pertinente, al menor o persona con capacidad modificada judicialmente o a modificar si tuvieran suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal (art. 30.1 Ley 15/2015). Se ha de entender que el solicitante en el caso que tratamos es la persona que actúe en interés del concebido no nacido.

Por último, en la resolución en que se acceda a lo solicitado se nombrará defensor judicial a quien el Secretario judicial estime más idóneo para el cargo, con determinación de las atribuciones que le confiera (art. 30.2 Ley 15/2015).

Establece la Ley 15/2015 que desde que se solicite la habilitación y hasta que acepte su cargo el defensor judicial o se archive el expediente por resolución firme, quedará suspendido el transcurso de los plazos de prescripción o de caducidad que afecten a la acción de cuyo ejercicio se trate, y en caso de que el menor o persona con capacidad modificada judicialmente o a modificar haya de comparecer como demandado o haya quedado sin representación procesal durante el procedimiento, en nuestro caso, el *nasciturus*, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa hasta que se produzca el nombramiento de defensor judicial (art. 29).

El art. 302 CC establece que “El defensor judicial tendrá las atribuciones que se le hayan concedido, debiendo rendir cuentas de su gestión una vez concluida”.

Todo ello parece garantizar una adecuada defensa del concebido no nacido cuando sus intereses se vean perjudicados por los daños producidos por los progenitores.

4. La inexistencia de jurisprudencia en el supuesto de responsabilidad civil derivada de transmisión de enfermedades a los concebidos no nacidos.

En materia de responsabilidad civil derivada de daños ocasionados al feto existen sentencias, tanto de las Audiencias como del Tribunal Supremo, en las que se contempla fundamentalmente la responsabilidad de los profesionales sanitarios, normalmente por razón de negligencia médica; en los últimos tiempos se han planteado también pretensiones que responden al contenido de las denominadas acciones *wrongful birth* y *wrongful life*, que no gozan de buena aceptación en nuestros tribunales.

Pero no parece que exista ningún pronunciamiento de nuestros tribunales que de modo expreso contemple el caso de los daños hechos al feto por los progenitores.

Asimismo, en el ámbito penal la mayor parte de las sentencias que contemplan la realización del delito de lesiones al feto se refieren a los daños ocasionados a éste por los profesionales sanitarios, y, en su caso, por los derivados de accidentes de circulación por vehículos de motor. Aunque, en dicho ámbito se ha presentado algún caso de daños ocasionados al concebido no nacido por sus progenitores, singularmente, por el padre, y curiosamente en dichos casos, nuestros tribunales no los han encuadrado en el delito de lesiones al feto (arts. 157 y 158 CP), sino en el delito de aborto provocado o en el delito de lesiones en concurrencia ideal, como se verá en el apartado siguiente.

Desde nuestra óptica, esto no significa que tales situaciones no se produzcan en la realidad social, pero el acceso a los tribunales cuando sucede uno de estos casos, y a pesar de lo que se ha indicado en el epígrafe anterior, en defensa de los intereses de concebido no nacido, no es siempre factible, precisamente porque los daños se producen en un círculo tan íntimo que en muchas ocasiones se encuentra cerrado a terceros, incluso aunque se trate de parientes.

Nos consta que en nuestra sociedad se producen casos de daños al concebido no nacido, bien por imprudencia bien dolosamente, que no han llegado a los tribunales. Así, por ejemplo, los daños causados al feto por la ingesta de determinadas sustancias tóxicas por los progenitores, especialmente por la madre, que si bien han sido tratadas médicamente, no lo han sido en la vía judicial; o los casos de niños infectados por el

virus del VIH/SIDA por sus progenitores²⁷⁵; o el caso de consumo de drogas durante el embarazo²⁷⁶.

No obstante, los tribunales se han podido pronunciar sobre los posibles daños ocasionados al concebido no nacido por los progenitores de manera indirecta en algunas sentencias, y en jurisdicción distinta a la civil, aún cuando esos daños no pudieran ser atribuidos a los mimos.

Por un lado, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la sentencia 62/2007, de 27 marzo (RTC\2007\62), en recurso de amparo, en un caso de peligro para la mujer embarazada y posibles lesiones a su embarazo y al feto por la asignación a la misma de un puesto de trabajo que ponía en peligro la salud de la madre y el feto; dicho caso provenía de la jurisdicción contencioso-administrativa; en su sentencia el TC afirmó que no se tuvo en consideración el derecho fundamental de la recurrente a su integridad física, de especial intensidad durante el embarazo, habiéndose incumplido las obligaciones que concreta la regulación tuitiva aplicable (Ley de Prevención de Riesgos

²⁷⁵ Así, según documento de la Dirección General de Salud Pública, se han constatado, entre los años 2008 y 2013, 297 casos diagnosticados nuevos de VIH de menores en edades comprendidas entre los 15 y los 19 años, y 59 casos nuevos de menores de menos de 15 años, resultando 49 casos de nuevas infecciones por transmisión de madre a hijo (Vigilancia epidemiológica del VIH/SIDA en España. Actualización 30 de junio de 2014. Sistema de Información sobre nuevos diagnósticos de VIH. Registro Nacional de casos de Sida. Dirección General de Salud Pública, noviembre, 2014).

²⁷⁶ Véase los daños causados al hijo por consumo de drogas por las madres en GONZÁLEZ-HACHERO, J., MARTÍNEZ MALAGÓN, M. C., “Repercusiones en los hijos de la drogadicción de los padres”, *Anales Españoles de Pediatría*, 1999 (51), pp. 4-8, y ORTIGOSA GÓMEZ, S., LÓPEZ-VILCHEZ, M^a. A., DÍAZ LEDO, F., CASTEJÓN PONCE, E., CABALLERO RABASCO, A., CARRERAS COLLADO, R., MUR SIERRA, A., “Consumo de drogas durante la gestación y su repercusión neonatal. Análisis de los períodos 1982-1988 y 2002-2008”, *Medicina Clínica*, Vol. 136, núm. 10, 2011, pp. 423-430. Por su parte, FALCÓN ROMERO, M., LUNA MALDONADO, A., “Problemas ético-jurídicos en el consumo de drogas durante el embarazo”, *Cuadernos de Bioética*, XVIII, 2007 (2), pp. 244-245, se plantean los diversos problemas que surgen del consumo de sustancias psicoactivas especialmente desde el punto de vista jurídico, planteándose qué medidas sería posible imponer a la madre cuando ésta consume dichas sustancias para preservar la salud del feto, reconociendo que es un problema delicado y difícil de solucionar, aunque, teniendo en cuenta las políticas de reducción de daños, que han tenido probada eficacia, estiman “que si tras la información de los riesgos la embarazada no adopta una conducta adecuada, deberían imponerse medidas de control para evitar y/o minimizar los posibles daños”. Esto parece haberse recogido en la citada *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, en virtud de la cual se modifica el art. 17 de la LOPJM de 1996 en cuyo punto 9 se establece la competencia de la Administración Pública para intervenir en las posibles situaciones de riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido, pudiendo adoptar las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, a lo que se ha hecho alusión *supra* apartado I.2. Aunque hay que tener en cuenta que estas medidas son de carácter puramente administrativo y de carácter preventivo, y no generan ningún tipo de responsabilidad para la madre.

Laborales), ni se establecieron garantías derivadas de la intermediación (destacando el peligro de sobreesfuerzo y el riesgo de transmisión vertical de antropozoonosis), señalando que no era óbice para ello el que todavía no se hubieran producido; sentencia a la que se hará referencia *infra* en el siguiente apartado.

De otro lado, aunque en el TEDH se han planteado distintas cuestiones acerca de la procreación²⁷⁷, no se ha presentado demanda en la que se solicitara responsabilidad por transmisión de enfermedades o deficiencias a los hijos por los progenitores. En este ámbito, cabe recordar la anteriormente citada sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Costa y Pavan contra Italia*, sentencia de 28 de agosto de 2012 (TEDH 2012/72), en la cual los padres deseaban proteger al hijo de la más que posible transmisión de la enfermedad que padecían acudiendo al DPI, restringido en su país a un círculo de personas determinado, y en la cual dicho tribunal protegió la indemnidad del feto de modo indirecto al fallar a favor de los demandantes.

Si se observa, en estos casos que se han planteado ante los tribunales, la pretensión parte de un supuesto totalmente contrario al que se trata en este trabajo, pues en ambos casos los progenitores intentaban proteger al hijo, concebido no nacido, e incluso no concebido aún respectivamente, de los daños que podían producirles ellos mismos.

5. Referencia a la responsabilidad civil derivada de la transmisión de enfermedades por los progenitores a los hijos durante la lactancia.

El período de lactancia es una etapa postnatal en la que el concebido ya ha nacido, en la que es independiente de su madre, puesto que ya ha salido del seno

²⁷⁷ Véase al respecto, MEDINA, G., “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de procreación”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2014 (1), pp. 53-58, quien señala que los casos tratados por la Corte Europea describen distintas situaciones planteadas ante los diferentes Estados partes en temas vinculados con el derecho a la información, derecho al consentimiento informado, legislación sobre fertilización asistida, derecho a la salud reproductiva, derecho a evitar la violencia obstétrica, el derecho a elegir el modelo de vida privada y familiar, derecho a formar una familia, la lucha contra la discriminación. Pero, como se observa, ninguno en relación a la transmisión de enfermedades o malformaciones de padres a hijos.

materno y se ha producido el corte del cordón umbilical. Sin embargo, el niño todavía está unido a su madre puesto que recibe el alimento fundamental a través de la leche materna.

En esta fase ya no nos encontramos con un ser humano en formación, como sucede en la etapa en que ha sido concebido no nacido, sino con una persona a efectos jurídicos que por el nacimiento, con los requisitos de vida independiente, ha adquirido personalidad jurídica y la titularidad de sus derechos (arts. 29, primer inciso, y 30 CC).

Por tanto, en el ordenamiento jurídico el nacido es un menor al que se atribuyen todos los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a vida y a la integridad física y psíquica (art. 15 CE), y los derechos que la legislación ordinaria otorgan a los menores. Pero, además, es objeto de una protección especialísima que le atribuye tanto la Constitución como la legislación ordinaria y específica relativa a la infancia y adolescencia, y a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

Por tanto, la situación jurídica del nacido es radicalmente diferente a la situación del concebido no nacido.

Sin embargo, el recién nacido se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad por cuanto en su desarrollo depende de los cuidados que le proporcionen sus padres, especialmente la madre, sobre todo, a través de la lactancia natural, dado que es el alimento que va a sustentar su supervivencia.

Ya se ha señalado que actualmente está fuera de toda controversia los beneficios de la lactancia materna. Sin embargo, aunque la gran mayoría de los procesos de enfermedad materna son compatibles con la lactancia que se ha demostrado beneficiosa en muchos de ellos tanto para la madre como para el niño, existen una serie de enfermedades padecidas por la madre que hacen no aconsejable la lactancia al hijo, a las que ya se ha hecho referencia.

Precisamente por la existencia de estas enfermedades que pueden ser transmisibles al hijo durante la lactancia se cuestiona si se puede exigir responsabilidad civil a los padres, singularmente a la madre, por la transmisión de enfermedades a través

de la lactancia materna, incumpliendo el deber de cuidado que debe presidir la actuación de los mismos.

En la normativa de la Unión Europea y en nuestro derecho, se ha visto que existen un buen número de normas de protección tanto de la mujer como del hijo lactante. Dicha protección está encaminada a salvaguardar a ambos de actuaciones de terceros que puedan dañarles en este proceso.

Pero en dicha normativa no se prevé que sean los propios progenitores quienes pongan en peligro la salud del hijo en este período a través de la lactancia materna.

Pese a los numerosos estudios de los beneficios de la lactancia desde el punto de vista médico, en el sentido negativo de la ecuación. no se puede saber, sin hacer juicios de previsibilidad, si se hubiera dejado de padecer una enfermedad a corto, medio o largo plazo si el recién nacido hubiera sido amantado con leche materna en lugar de con leche artificial.

Hay que partir de la idea de que la madre no incumple ninguna norma legal cuando voluntariamente decide alimentar a su bebe, por la razones que sean, con leche de fórmula, de manera que la decisión de amamantar al menor con lecha materna o de fórmula es una decisión personal en base a una información que deben proporcionar los especialistas médicos, de la que éstos son responsables, de modo que dicha decisión no es una imposición del Estado.

No obstante, los especialistas en lactancia materna recomiendan, no en los casos particulares pero si de modo general, que se debería promover especialistas médicos en lactancia materna en todas las unidades de pediatría y atención temprana, para que se informara adecuadamente a las madres promocionando estructuras idóneas para su apoyo y para asesorarlas si, una vez informadas, deciden no amamantar²⁷⁸.

²⁷⁸ En este sentido, la OMS ha elaborado un documento en donde se señalan los pasos para que se produzca una lactancia adecuada al niño denominado *Pruebas Científicas de los Diez Pasos hacia una Feliz Lactancia Natural*, División de salud y desarrollo del niño, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 1998, en la que se recomienda lo siguiente: Todos los servicios de maternidad y atención a los recién nacidos deberán: 1. Disponer de una política por escrito relativa a la lactancia natural que sistemáticamente se ponga en conocimiento de todo el personal de atención de salud.- 2. Capacitar a todo

Como se ha dicho, la existencia de la responsabilidad civil extracontractual se basa en que el daño producido por una persona a otra transgrede un principio que es fundamental dentro de la responsabilidad civil: la alteración del principio *neminem laedere*, que supone el abstenerse de realizar un comportamiento lesivo para los demás

Para que se pudiera hablar de responsabilidad de la madre por los daños causados al hijo durante la lactancia, se debe partir de la idea de que sería necesaria la confluencia de los presupuestos señalados respecto a la responsabilidad civil en los apartados anteriores concernientes, y en este sentido, brevemente se requeriría la presencia de los siguientes.

Entre los presupuestos objetivos, deben de concurrir:

1º) La acción u omisión de la progenitora con resultado de daño grave para el recién nacido, es decir, la transmisión de una enfermedad a través de la lactancia. La omisión consistiría en la ausencia de los cuidados precisos para que no se transmitiera la enfermedad a través de la leche materna.

2º) La ilicitud o antijuricidad del comportamiento, que contraviene el principio *alterum non laedere*, derivada de las consecuencias dañosas que se generan al hijo, independientemente de que la conducta, el amamantamiento, sea lícita.

3º) El daño o la agresión ilegítima a bienes o derechos de una persona o a la propia persona, requisito que se exige expresamente en el art. 1902 CC, y que, en este caso, es la salud del hijo.

el personal de salud de forma que esté en condiciones de poner en práctica esa política.- 3. Informar a todas las embarazadas de los beneficios que ofrece la lactancia natural y la forma de ponerla en práctica.- 4. Ayudar a las madres a iniciar la lactancia durante la media hora siguiente al parto.- 5. Mostrar a las madres cómo se debe dar de mamar al niño y cómo mantener la lactancia incluso si han de separarse de sus hijos.- 6. No dar a los recién nacidos más que leche materna, sin ningún otro alimento o bebida, a no ser que esté médicamente indicado.- 7. Facilitar el alojamiento conjunto de las madres y los niños durante las 24 horas del día.- 8. Fomentar la lactancia materna a demanda.- 9. No dar a los niños alimentados a pecho tetinas o chupetes artificiales.- 10. Fomentar el establecimiento de grupos de apoyo a la lactancia natural y procurar que las madres se pongan en contacto con ellos a su salida del hospital o clínica.

4º) La relación de causalidad o nexo causal entre el comportamiento causante del daño y el propio daño, que consiste en la transmisión de la enfermedad.

Entre los presupuestos subjetivos deben concurrir:

1º) El criterio de imputación de la responsabilidad. Dos personas en posiciones contrapuestas, que en este caso son la madre y el lactante.

2º) Carácter culposo o doloso de la conducta. Quizá éste sea el presupuesto más delicado y comprometido en estas situaciones puesto que resulta complicado llegar a pensar que una madre, dolosamente, vaya a transmitir una enfermedad a su hijo mediante la lactancia, pese a que no es imposible; parece más factible el caso de que la progenitora, a sabiendas que de que es portadora de una enfermedad, no haya tomado alguna de las medidas necesarias para impedir su transmisión al bebe.

En la práctica son muy pocas las situaciones reales que pueden llevar al destete; muchas veces pesa más el desconocimiento de los profesionales médicos al respecto que la propia situación de enfermedad en sí²⁷⁹.

El 60% de los niños inician lactancia materna exclusiva en el momento del nacimiento, pero sólo el 20% la mantiene hasta los 6 meses y el 14% hasta el año. La lactancia materna durante el segundo trimestre de vida produce un efecto protector frente a las infecciones respiratorias, pero no de forma global en el primer año de vida. En el segundo trimestre de vida, la probabilidad de padecer una infección respiratoria en

²⁷⁹ AGUADO MALDONADO, J., et alii, en *Manual de Lactancia Materna. De la teoría a la práctica*, Editorial Medica Panamericana, pp. 47 ss, señalan cuales pueden ser éstas enfermedades, entre ellas, madres VIH tipo 1, si no pasteurizan su leche; infección de la madre por el virus de la leucemia humana de células T, si no congela su leche (en ambos casos se podría alimentar al bebe con la leche humana procesada); Galactosemia del bebe, (en algunos casos será lactancia parcial); deficiencia primaria congénita de lactasa; algunos fármacos específicos y drogas; y otras ya mencionadas en el apartado anterior.

los que no han recibido lactancia materna durante este período es casi 3 veces superior²⁸⁰.

Sin embargo, desde ciertos ámbitos médicos se sigue aconsejando la lactancia artificial. Estimo que ésta debería ser una “decisión informada”, recogida expresamente en la legislación nacional y autonómica relativas al consentimiento informado, que enuncia este consentimiento de modo general²⁸¹, y puede existir un nacimiento de responsabilidad civil en el médico que frente a la evidencias científicas inexcusablemente siga “empujando” a la madre a ofrecer a su recién nacido una lactancia artificial, expresamente o por omisión de la información pertinente.

¿Qué supone esto? que el paciente por el hecho de serlo y acudir a la asistencia médica no pierde su dignidad de persona humana ni los derechos que le son inherentes, entre los que se encuentra la libertad y, más en concreto, el derecho de autodeterminación, con relación a su salud. De este modo tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos, para luego decidir lo que quiera y crea conveniente.

Parafraseando al magistrado del Tribunal Supremo don Ricardo Rodríguez Fernández: “El TS, Sala 1ª, ha catalogado el consentimiento informado como un

²⁸⁰ CARRATALÁ MUNUERA, M. C., GASCÓN PÉREZ, E., RAGA ORTEGA, M., “¿Es la lactancia materna un factor de protección ante los procesos infecciosos? Estudio de casos y controles”, *Atención Primaria*. 2005, 35(3), pp. 140-145.

²⁸¹ La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece en el Capítulo IV, El respeto de la autonomía del paciente, señalando en el art. 8, Consentimiento informado, que “1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”; y en el art. 9, Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación, que “1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención: en el art. 10, Condiciones de la información y consentimiento por escrito, que “1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones. 2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”.

derecho humano fundamental. Así en SS 12 enero y 11 mayo 2001 ha entendido que forma parte del ‘derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo’, y que es “consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia”²⁸².

El objetivo es que los pacientes tomen decisiones que afectan a su salud, y en este caso concreto, a su propia salud y a la de sus hijos. No es una simple obligación legal es una obligación de conducta ética o moral. Está claro que en otros ámbitos del derecho la inexistencia de la información previa y de la firma del documento acarrear la posible exigencia de responsabilidad civil; de modo que hay que plantearse si en el ámbito en el que nos encontramos de la promoción de la lactancia materna, actuar contra la misma abiertamente desde una posición médica, podría desencadenar el nacimiento de responsabilidad civil en el caso de que el menor desarrolle enfermedades a corto o medio plazo, cuya protección está acreditada mediante la práctica de la lactancia y avalada en todas las instancias médicas, frente a un médico que desaconsejó o no informó libremente a la madre de las ventajas de ofrecer al bebe lactancia materna.

En estado de “normalidad”, es decir niño/a sano/a y madre sana, es indubitado que la mejor alimentación durante los primeros seis meses de vida es la lactancia materna a demanda²⁸³. Los beneficios de esta práctica están fuera de toda duda en el momento actual, son numerosos los estudios desde cualquier ámbito pediátrico y sanitario que avalan la lactancia materna como alimentación exclusiva en este periodo tanto desde la OMS como desde UNICEF, como ya se ha indicado en el apartado anterior.

En una situación de normalidad, la lactancia materna sería la forma de alimentación adecuada para los recién nacidos por las evidencias científicas que se desprende enguanto a la protección que dicha práctica genera tanto en el recién nacido como en su progenitora. En este caso, podíamos estar hablando de una posible

²⁸² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “El consentimiento informado su evolución jurisprudencial”, XVI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 22 al 24 de octubre de 2009.

²⁸³ Entre otros, FERNÁNDEZ, R., MARTÍN, F. J., “Promoción de la lactancia materna: una experiencia de intervención comunitaria y coordinación entre niveles”, *cit.*, pp. 20-25.

responsabilidad medica si no se informa adecuadamente a la madre de los beneficios de la lactancia, contraviniendo de esta forma tanto los informes médicos como la legislación actual en materia de recomendaciones, estaremos en el supuesto de un consentimiento informado que es tanto un derecho de la madre como del niño, y esa información debe ser facilitada irremediamente por el médico, debiendo ser veraz y libre de influencias comerciales.

Vistos los beneficios de la lactancia, se podría pedir responsabilidad civil a la progenitora por no ofrecerla? La respuesta resulta complicada y difícil de ejemplificar desde el punto de vista legal, teniendo en cuenta que la lactancia materna ante todo es un acto de amor y no una obligación legal, pero si quizás se podría pedir responsabilidades a los médicos que dejando de lado las evidencias científicas no apoyan y ayudan y se forman en lactancia materna sobretudo en la unidades de neonatología pediatría y uci infantil. Quizás también a los poderes públicos que en su protección de la salud no promueven las condiciones para que esta lactancia se desarrolle en todos los ámbitos como la incorporación de la mujer al trabajo.

En la duración de la lactancia materna influyen muy diversos factores como la edad, el nivel de estudios, la paridad, las políticas y actitud de los profesionales sanitarios frente a la misma, la información recibida por la embarazada, la reincorporación al trabajo que puede constituir un obstáculo para el mantenimiento de la misma; de ahí la importancia indudable de las intervenciones en la empresa tanto de información y educación sanitaria como de puesta en marcha de medidas que permitan crear entornos laborales favorables a la mismas.

Señaladas las ventajas de la lactancia materna, hay que poner asimismo de relieve los peligros que implica la alimentación con sucedáneos a edades tempranas²⁸⁴.

²⁸⁴ La intervención de Salud Pública en nutrición infantil involucra varias acciones entre ellas las relacionadas con la protección, promoción y apoyo a la lactancia materna exclusiva hasta los seis meses y lactancia continua hasta los dos años de vida o más. Dentro de estas acciones se encuentra la vigilancia del cumplimiento del Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de Leche Materna (CICSLM), el mismo que es uno de los pilares para evitar la interrupción de la lactancia materna. La Organización Mundial de la Salud, ante la preocupante declinación de la lactancia materna, promulgó en 1981 el Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de Leche Materna (CICSLM). El Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de Leche Materna es un conjunto de recomendaciones para evitar la promoción no ética de sucedáneos de leche materna, y pretende apoyar a los gobiernos para que aseguren la protección y la promoción de la alimentación óptima para los infantes

Los riesgos y perjuicios de la alimentación con sucedáneos para el lactante son de forma general, los siguientes, a corto plazo²⁸⁵: una peor adaptación gastrointestinal, aumento de la incidencia y duración de los procesos infecciosos (gastrointestinales, infecciones respiratorias, otitis, otras como infecciones de orina), mayores tasas de hospitalización, riesgo de infección por sucedáneo contaminado, mayor riesgo de mortalidad pos neonatal (síndrome de muerte súbita entre otros). A medio plazo, dificultades digestivas o de alimentación, peor desarrollo neurológico, obesidad, cáncer, enfermedades autoinmunes²⁸⁶, enfermedades alérgicas, etc. A medio y largo plazo: riesgo de cáncer, aumento del riesgo de diabetes tipo II, etc.²⁸⁷.

A pesar del apoyo a la lactancia y de los esfuerzos de la UNICEF y la OMS, la malnutrición y las enfermedades derivadas del abandono de la lactancia continúan causando el 60% de los 11 millones de defunciones anuales de niños menores de cinco años. Dos tercios de estas muertes ocurren en el primer año de vida y son atribuibles a los bajos índices de lactancia materna exclusiva durante los cuatro primeros meses de vida.

A la vista de todo ello, para exigir responsabilidad civil a la madre por la transmisión de enfermedades a los hijos habría que calibrar las circunstancias en que se encuentra la madre: si conocía su enfermedad, si conocía el riesgo de transmisión al hijo, si ha habido un asesoramiento adecuado del especialista que la trata, etc.

y los niños y niñas pequeños (WHO, 2008). El cumplimiento adecuado del Código evitaría la información imparcial sobre la alimentación infantil; guiando a la madre a decidir por una lactancia que beneficie, tanto a la madre, como para el infante (WHO, 2008).

²⁸⁵ AGUADO MALDONADO, “Manual de Lactancia Materna. De la teoría a la práctica”, *cit.*, p. 41.

²⁸⁶ En particular respecto por la infección por VIH, destacar la noticia dada por el Diario “El mundo” miércoles 24 de abril de 2012, que la transmisión del VIH podría aumentar como resultado del destete precoz. Señala que para Louise Kuhn de la Universidad de Columbia, en Nueva York (EEUU), y Hoosen Coovadia de la Universidad de Witwatersrand, de Johannesburgo (Sudáfrica), autoras de un editorial que también publica ‘The Lancet’, “BAN enfatiza que la lactancia materna es esencial para la supervivencia del niño y su bienestar. El destete precoz no es una estrategia ni eficaz ni segura para prevenir la infección por VIH”. Se informa de que un estudio, que publica la revista ‘The Lancet’, corrobora la importancia de mantener la lactancia materna más allá de los seis meses, siempre que la mujer o el niño estén recibiendo terapia antirretroviral, algo que hace unos años no se contemplaba pero que ahora la evidencia subraya como una buena estrategia para reducir la transmisión vertical.

²⁸⁷ AGUADO MALDONADO, *lug. ultm. cit.*

Pero, en el ámbito civil, cuando se reúnen los requisitos enunciados por la doctrina y la jurisprudencia, parece que la madre sería responsable de la transmisión de la enfermedad al hijo.

III. RESPONSABILIDAD CIVIL POR TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES O DEFECTOS POR LOS PROGENITORES A LOS HIJOS DURANTE EL EMBARAZO DERIVADA DE ILÍCITO PENAL.

1. La vertiente penal de la transmisión por los progenitores de enfermedades o defectos al feto durante la gestación.

En el ámbito penal, la transmisión de enfermedades o defectos por los progenitores a los hijos se encuentra contemplado en una norma específica, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, que, como se ha visto, no contiene ninguna norma concreta que se refiera expresamente a este tipo de transmisión, lo que dificulta enormemente la posibilidad de exigir una indemnización en el caso de que se produzca dicha transmisión, como ya se ha examinado.

Esta dificultad se aminorar en el ámbito penal al incluir en el Código penal una norma que describe la conducta de los sujetos y los requisitos que se exigen para que se produzca el supuesto a sancionar.

De hecho, se han planteado alguna pretensión indemnizatoria derivada de esta transmisión, y de manera indirecta, ante la jurisdicción penal que ante la jurisdicción civil, inexistentes, como se ha tenido oportunidad de examinar. Aunque hay que advertir que la jurisprudencia acaecida sobre el delito de lesiones al feto contempla en su mayor parte las lesiones derivadas de imprudencia profesional médica, y también, las ocasionadas en los accidentes de circulación por vehículos de motor, concurriendo algún caso de lesiones al feto que derivaron en fallecimiento del mismo, siendo tratados como delito de aborto o de homicidio, y no propiamente de lesiones al feto. En todos esos casos, el delito de lesiones fue realizado por un tercero y no por los propios progenitores, salvo algún caso de lesiones a la madre del que se derivó el fallecimiento del feto.

De ello resulta que en nuestra jurisprudencia apenas se contempla la realización del delito de lesiones al feto por parte de los progenitores. Ello no significa, sin

embargo, que no existan casos de lesiones al feto por los progenitores, como después se observara, si no que simplemente no han llegado a nuestros Tribunales, de manera similar a lo que ya se expuso en el ámbito de la jurisdicción civil.

En relación a los daños que se pueden efectuar a las personas y al patrimonio, nuestro Código penal distingue distintos delitos, de los que únicamente se va a mencionar aquellos que interesan para el tema tratado. Y así dedica, dentro del Libro I (Delitos y sus penas), los dos primeros títulos a delitos que afectan a la vida: su Título I al homicidio (arts. 138 a 143), refiriéndose a los daños efectuados a la vida de una persona; el Título II, al delito de aborto (arts. 144 a 146), que sanciona los daños efectuados a la vida del concebido no nacido. A continuación, destina los títulos posteriores a daños que afectan a la integridad física o psíquica: el Título III, a los delitos de lesiones (arts. 147 a 153 ter), para regular los daños a dicha integridad ocasionados a la persona; el Título IV al delito de lesiones al feto (arts. 157 y 158), para sancionar los daños causados al feto, concebido no nacido; el Título V a los delitos contra la manipulación genética (arts. 159 a 162), para sancionar las infracciones que se comentan en relación a la ingeniería genética, que incide en los preembriones y embriones.

Entiende la doctrina que la diferente regulación en ámbito penal de los delitos de homicidio, aborto, lesiones al feto, y de manipulación genética, sobre todo en cuanto a la gradación de las penas²⁸⁸, corresponde a una idea de protección continuada de la vida, que progresa y se intensifica, siendo el nacimiento el momento que distingue la distinta protección que se otorga a las distintas fases del desarrollo de la vida. Pues, para el Derecho penal tiene una especial relevancia delimitar de manera precisa los contornos respectivos de los bienes a los que se asigna protección, ya que ésta es distinta según la fase en la que se encuentre el ser humano, puesto que de tal determinación depende la calificación del daño producido, su configuración dentro de un delito u otro, y por ende, su mayor o menor penalidad o, incluso, su impunidad.

²⁸⁸ Hay que señalar que la protección es más elevada en el caso de los delitos de homicidio y de lesiones postnatales o personales, donde se sancionan comportamientos tanto dolosos como imprudentes (de forma grave o leve), sin restricción de potenciales sujetos activos, en comparación con los delitos prenatales o antenatales, donde se castigan con penas más leves las conductas que provocan un aborto o lesiones al feto cometidos con dolo o imprudencia grave, y solo resulta punible, como se verá, la conducta realizada por terceros, en cuanto a la realización imprudente, y no por la gestante.

En este apartado se va a abordar la responsabilidad, tanto penal como civil, que se deriva de daños que se efectúan al feto por transmisión de enfermedades o defectos por parte de los progenitores y que constituyen delito en nuestro ordenamiento jurídico.

Como se ha señalado en el apartado I de este trabajo, el feto, concebido no nacido, no tiene la consideración de persona a efectos jurídicos, aún cuando esta aseveración haya provocado el debate doctrinal ya referido.

Sin embargo, ya hemos señalado que la citada sentencia 53/1985, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional considera al nasciturus “un bien jurídico” cuya protección encuentra en el art. 15 CE fundamento constitucional (FJ 5), señalando, en consonancia con ello, que “esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”, aunque advierte, sin embargo, que: “Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar, sujeta a limitaciones (...)” (FJ 7).

En base a dicha sentencia, y dentro del debate doctrinal que provocó, hay autores que afirman que “La protección de la vida humana, antes y después del nacimiento, tiene diferentes aspectos constitucionales de protección y así después de la STC de 53/85, del 11 de Abril, queda evidenciado que el ‘nasciturus’ no posee un derecho a la vida absoluto como el ya nacido, sino que está sujeto a las limitaciones que la Ley y la propia Sentencia establecen. De ahí (...), la cobertura penal idéntica en las distintas fases del desarrollo humano es contraria a la Constitución”²⁸⁹. Recuerdese que en dicha sentencia, el Tribunal Constitucional examinaba la inconstitucionalidad de los supuestos

²⁸⁹ HOMS SANZ DE LA GARZA, J., *Intervención Penal: Avances en medicina legal: ingeniería genética, alteraciones psíquicas y drogas*, Madrid: Ed. Bosch, 1999 (recurso electrónico: Ed. vLex).

de aborto exentos de responsabilidad penal y el sistema de indicaciones establecido en el proyecto de Ley Orgánica por el que se introducía el art. 417 bis del Código Penal²⁹⁰.

2. La configuración de la transmisión de enfermedades o defectos por los progenitores al concebido no nacido como delito penal.

El daño realizado al *nasciturus* ocasionado por causa de lesiones y transmisión de enfermedades ha sido protegido jurídicamente en nuestro ordenamiento jurídico penal, en un primer momento a través del delito de lesiones general y posteriormente a través de los delitos específicos de lesiones al feto y el delito de aborto.

En relación al tema que tratamos, la cuestión que se plantea es si es posible exigir una responsabilidad penal a los padres por transmitir enfermedades a los hijos, y si

²⁹⁰ El TC señalaba en su Fundamento Jurídico 5, antes de pronunciarse sobre la calificación jurídica que merecía el feto: “a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital.- b) Que la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.- c) Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana”; añadiendo que, como ya se ha indicado *supra* en el apartado I, “De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”. Esta conclusión resulta también de los debates parlamentarios en torno a la elaboración del mencionado artículo del texto constitucional, cuya cercanía en el tiempo justifica su utilización como elemento interpretativo. En el Pleno del Congreso fue defendida una enmienda -aprobada por mayoría- que proponía utilizar el término “todos” en sustitución de la expresión “todas las personas” -introducida en el seno de la Constitución para modificar la primitiva redacción del precepto en el Anteproyecto por estimar que era “técnicamente más correcta”- con la finalidad de incluir al *nasciturus* y de evitar, por otra parte, que con la palabra “persona” se entendiera incorporado el concepto de la misma elaborado en otras disciplinas jurídicas específicas, como la civil y la penal, que, de otra forma, podría entenderse asumido por la Constitución. La ambigüedad del término “todos” en la expresión “todos tienen derecho a la vida” del art. 15 CE no fue despejada, sin embargo, durante los debates parlamentarios por lo que se refiere a la extensión de la titularidad del derecho, pero en cualquier caso, como señaló el defensor de la enmienda, constituía una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa del *nasciturus*. El precepto fue aprobado posteriormente en el Senado por 162 votos a favor, ninguno en contra y dos abstenciones. En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aún cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental, y, por supuesto, es el que ha dado lugar al debate doctrinal antes aludido.

ésto es factible, si ello conlleva una responsabilidad civil.

En la última reforma sustancial del Código penal por *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, se incorpora un delito específico que contempla el supuesto planteado de transmisión de enfermedades y la causación de lesiones a los hijos en estado fetal.

Dicha regulación se contiene en el Título IV del Código penal, que contempla el delito de las lesiones al feto, abarcando dos preceptos, los arts. 157 y 158.

El art. 157 establece: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años”.

Y en el art. 158, se dispone: “El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses²⁹¹.- Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.- La embarazada no será penada a tenor de este precepto”.²⁹²

Conviene realizar algunas precisiones en torno a la configuración de este delito de lesiones al feto, dentro de la amplitud con que la doctrina ha tratado este delito, con la finalidad de conocer si la transmisión de enfermedades o defectos por los

²⁹¹ Este párrafo fue reformado con posterioridad por el apartado quincuagésimo quinto del artículo único de la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, y que se realizó para modificar actualizándolas el régimen de penas y su aplicación, con la dicción que se ha transcrito.

²⁹² Para ver concordancias de los citados preceptos con otra normativa consúltese, RODRIGUEZ RAMOS, L., *Código Penal comentado y concordado con la jurisprudencia y leyes penales, especiales y complementarias*, Ed. La Ley, 2011, pp. 727-728.

progenitores al hijo tiene cabida dentro del mismo, y consecuentemente determinar el nacimiento de una responsabilidad civil²⁹³.

2.1. El tipo penal en el delito de lesiones al feto.

En el análisis de la responsabilidad penal derivada del delito de lesiones al feto atribuida a los progenitores se plantea una cuestión previa relativa a las condiciones que debe reunir el sujeto pasivo, que en nuestro caso es el feto, para conocer si se pueden aplicar ciertos preceptos, dado que no se da una definición del mismo en el propio Código penal, y en éste, además, se diferencia el delito de lesiones que se causa al ser humano considerado como persona a efectos jurídicos (arts. 147 ss CP) y el delito de lesiones ocasionado al feto (arts. 157 y 158 CP), teniendo consecuencias jurídicas diversas.

Por ello se hace necesario una puntualización con respecto al termino “feto” que se utiliza para definir el delito que nos ocupa.

Entiende la doctrina que cuando el legislador de 1995 incorporó al Código penal este delito, intentando salvar las lagunas existentes en dicho Código al respecto, parecía que únicamente pretendía cubrir la protección jurídica del feto respecto a aquellos atentados contra la integridad del *nasciturus* en su fase más avanzada de desarrollo embriológico, de conformidad con la definición de feto que se contenía en la Exposición de Motivos de la derogada *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de*

²⁹³ Véanse, además, de la bibliografía señalada concretamente, las obras generales de BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., *Derecho penal. Parte Especial*, Madrid: Ed. Iustel, 2012; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015; MORENO TORRES-HERRERA, R.M.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2013; ORTS BERENGUER, E., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2014; QUINTANAR DíEZ, M., *Elementos de Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2014; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., MORENO TORRES-HERRERA, R. M., MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.

*Reproducción Asistida*²⁹⁴; pero lo cierto es que una interpretación cohonestada entre el delito de lesiones al feto del art. 157 CP y el delito de aborto del art. 144 CP, parece que supone que la protección en ambos casos deba ser coincidente²⁹⁵.

Ello se debe poner en correlación con la definición de “feto” que se encuentra en otras norma jurídicas, concretamente, en la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* y en la *Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica*, ya mencionadas en el apartado I de este trabajo

²⁹⁴ La Exposición de Motivos de la citada Ley hacía constar al respecto: “Generalmente se viene aceptando el termino ‘preembrión’ -también denominado ‘embrión preimplantatorio’, por corresponderse con la fase de preorganogénesis-, para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días mas tarde, cuando anida establemente en el interior del útero -acabado el proceso de implantación que se inicio días antes-, y aparece en él la línea primitiva. Esta terminología ha sido adoptada también por los Consejos Europeos de investigación médica de nueve naciones (Dinamarca, Finlandia, República Federal de Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica), en su reunión de los días 5 y 6 de junio de 1986, en Londres, bajo el patrocinio de la Fundación Europea de la Ciencia. Por ‘embrión’ propiamente dicho, se entiende tradicionalmente a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más; se corresponde esta fase con la conocida como de embrión postimplantatorio, a que hace referencia el informe de la Comisión del Parlamento de la República Federal de Alemania para estudio de las ‘Posibilidades y riesgos de la tecnología genética’ presentado como Documento 10/6.775 de 6 de enero de 1987. Las consideraciones precedentes son coincidentes con el criterio de no mantener al óvulo fecundado *in vitro* más allá del día 14 al que sigue a su fecundación, sostenido en la aludida recomendación 1.046 del Consejo de Europa, en el documento del CAHBI o Comité *ad hoc* de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas, de 5 de marzo de 1986 (Principio 18, variante 2d), en el informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados, aprobado por el Pleno el 10 de abril de 1986, y en otros informes o documentos, con lo que se manifiesta la tendencia a admitir la implantación estable del óvulo fecundado como un elemento delimitador en el desarrollo embriológico. Al margen de tales consideraciones biológicas, diversas doctrinas constitucionales apoyan tal interpretación. Así el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania en sentencia de 25/2/75, al establecer que ‘según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación’, mientras que por su parte, el Tribunal Constitucional español, en Sentencia de 11/4/85, fundamento jurídico 5.a), se manifiesta expresando que ‘la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual, una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana que termina con la muerte’; queda así de manifiesto que el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él, se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión. Finalmente, por ‘feto’, como fase más avanzada del desarrollo embriológico, se conoce el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto. En consecuencia, partiendo de la afirmación de que se está haciendo referencia a lo mismo, al desarrollo embrionario, se acepta que sus distintas fases son embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética, y su protección jurídica también deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones”.

²⁹⁵ En este sentido, SUANZES PÉREZ, F., “Los delitos de lesiones. Especial referencia a las lesiones al feto”, *Lecciones de Derecho Sanitario*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1999, p. 506.

En la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, sin embargo, no se hace referencia al feto, sino únicamente al preembrión, en el art. 1.2 que señala que: “A los efectos de esta ley se entiende por preembrión el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días mas tarde”.

Es en la *Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica* donde se ofrecen las definiciones de feto, además de las de preembrión y embrión, definiciones de carácter legal, en el art. 3, como ya se ha adelantado en el apartado I de este trabajo.

Hay que recordar, pues, que según el art. 3, letra s) de esta Ley, se entenderá por: “Preembrión: el embrión constituido *in vitro* formado por un grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito que es el fecundado hasta 14 días mas tarde”.

Por su parte, el art 3, letra l) de dicha Ley establece que se entenderá por: “Embrión: fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener”.

Finamente, el art. 3, letra n) dispone se entenderá por: “Feto: embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto”.

Estas diferencias de concepto entre preembrión y feto que realizan las antedichas leyes parece que introducen una diferenciación entre el concepto de “feto” y “*nasciturus*”.

Conviene recordar a este respecto que el inicio de una vida humana es el primer acto indispensable y biológicamente registrable para que se forme un embrión humano, es la fusión de dos células altamente especializadas, extraordinariamente dotadas y

teleológicamente estructuradas y programadas, llamadas gametos, el óvulo y el espermatozoide, que son las células germinales femenina y masculina, respectivamente.

En el ámbito penal, al igual que en otros ámbitos y no solamente jurídicos, existe la polémica doctrinal, no cerrada todavía, sobre la cuestión del momento en que se inicia la vida humana, la cual también se reproduce en este ámbito con la finalidad de conocer desde cuándo debe ser protegida la vida desde el punto de vista penal. Dicha polémica no se ha zanjado aún, quizá a falta, como se ha señalado, de definiciones y de concreciones acerca de este comienzo de la vida, tanto en el ámbito jurídico-penal como en otros ámbitos jurídicos. Y ello afecta directamente a los tipos delictivos que inciden sobre la vida prenatal y postnatal.

La doctrina penalista se encuentra dividida al respecto, y las diversas posturas que se han mantenido en la misma son las siguientes²⁹⁶.

Para un sector de la doctrina, la vida comienza con el fenómeno de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (teoría de la fecundación o concepción)²⁹⁷. Entiende este sector doctrinal que, en el ámbito del Derecho penal, el legislador ha utilizado el término "feto" en sentido amplio, abarcando todas las fases de su desarrollo, como equivalente al de "*nasciturus*", pues estiman dichos autores que resultaría absurdo considerar que las lesiones causadas al *nasciturus*, y que alterarán su normal desarrollo, sólo fueran punibles a los tres meses de la concepción, que es cuando, según

²⁹⁶ Véase la referencia a las distintas posiciones doctrinales y bibliografía citada, SALÁS DARROCHOA, J. T., "El concepto de feto en el Código penal español", *cit.*, pp. 117-119, señalando que dichas posturas se pueden agrupar en tres grupos correspondientes a las tres fases de desarrollo de la vida que se describen en la antigua LTRA 35/1988: fase preembrionaria, fase embrionaria y fase fetal. Dichas fases se recogen actualmente, como ya se ha visto, en *Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica*.

²⁹⁷ Entiende SALÁS DARROCHOA que dentro de esta postura se encuentra DE LA CUESTA AGUADO, P.M., "La reproducción asistida humana sin consentimiento. Aspectos Penales", Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1998, p. 80, y CARCABA FERNÁNDEZ, M., "Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del preembrión)", *La Filiación a finales del siglo XX*, Madrid: Ed. Gobierno Vasco/Ed. Trivium, 1988, p. 394. También parecen seguir esta postura GRACIA MARTÍN, L., ESCUCHURI AISA, E., *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética. Estudios de los Títulos IV y V del Código penal*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005, p. 32, pues entienden que el término "feto" (incluido en el art. 157 CP) debe "interpretarse en sentido amplio comprensivo de todo el proceso de desarrollo embriológico", ya que la realidad biológica y genética ha demostrado que el embrión preimplantatorio en la forma típica y con los resultados cuya evitación es precisamente el fin de protección del tipo. A esta postura se adhiere también el propio SALÁS DARROCHOA, estimando que el término feto del art. 157 CP incluye las tres etapas o fases biológicas señaladas, en base a los argumentos que desarrolla en pp. 119-122.

la Ley de Reproducción Humana Asistida, se está en la fase "fetal", y, sin embargo, quedaran impunes las lesiones causadas al *nasciturus* con anterioridad a este periodo de tiempo, aunque el resultado lesivo sea de igual o incluso mayor entidad²⁹⁸.

Para otro sector mayoritario de la doctrina, el inicio de la vida se produce desde la implantación del óvulo ya fecundado en el útero de la mujer (teoría de la anidación), según la cual, la vida humana se inicia realmente desde el momento que el óvulo fecundado por el espermatozoide llega y se implanta en el útero de la misma. La anidación se produce cuando el óvulo fecundado se adhiere al útero materno y empieza a recibir de la madre lo necesario para su desarrollo, esto es, a los 14 días de la fecundación. La fecundación *in vitro* clarifica más este concepto, pues sólo en esta técnica se produce la fecundación pero no tiene el impulso natural de la madre para la anidación ni para su posterior desarrollo; para ello se necesita la implantación en el útero materno, esto es la anidación. Si no se produjera la anidación, tanto en la procreación natural como en la fecundación artificial, existiendo ya el preembrión, se estaría ante un caso de aborto²⁹⁹.

Por último, hay un sector de la doctrina que considera que el término feto sólo se circunscribe a la tercera fase o la fase más avanzada del desarrollo embriológico, en

²⁹⁸ En este sentido, GARCÍA MIRANDA, C. M^a., "Las lesiones al feto", *Cuadernos de Bioética*, Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña 1999 (1), p. XXX; OLMEDO CARDENETE, M., "Las lesiones al feto y el objeto de protección en los artículos 157 y 158 del Código penal español", *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani* (Coordres. Ignacio Francisco Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva, Jaime Miguel Peris Riera, Ed. Dykinson, 2005, p. 7.

²⁹⁹ En este sentido, entre otros, cabe mencionar a CUERDA RIEZU, A., "Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas", *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1988, p. 427; EMALDI CIRIÓN, A., "El consejo genético y sus implicaciones jurídicas", Granada: Ed. Comares, 2001, p. 211; FEMENÍA LÓPEZ, *Status jurídico del embrión humano*, cit. p. 9, y en "Embrión (jurídico)", *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, cit., p. 703.; ROMEO CASABONA, C. M^a., *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 403 ss; VALLE MUÑIZ, J.M., *Comentarios al Código Penal* (Dtor. Quintero Olivares, G.), Pamplona: Ed. Aranzadi, 1996, p. 757, quien estima, con referencia a la derogada LTRA 35/1988, que si ésta no permite la realización de investigación o experimentación en preembriones vivos *in vitro* mas allá de los catorce días siguientes a la fecundación del óvulo, así como mantener *in vitro* los óvulos fecundados y vivos mas allá del día catorce al de su fecundación, debe inferirse que dicho límite es jurídicamente el determinante del tránsito a la vida humana, y como tal, protegible; argumentación que en parte se podría mantener actualmente teniendo en cuenta que *Ley 14/2006* establece ese límite de los 14 días para permitir una investigación sobre los preembriones (art. 15.1, b). Aduce SALÁS DARROCHOA que parece que están a favor de esta postura el Informe Palacios, el Tribunal Constitucional Alemán en STC de 25 de febrero de 1975, y la STS español de 30 de enero de 1984.

base a una rigurosa aplicación de la LTRA y la de la Ley de investigación biomédica, en estricta observancia del principio de legalidad³⁰⁰.

Siguiendo la doctrina mayoritaria hay que entender que el término “feto” utilizado en el delito de lesiones al feto en el art. 157 CP debe ser interpretado en sentido amplio, comprensivo de todo el proceso de desarrollo embriológico desde el momento de la anidación, siendo, en consecuencia, que, para efectos del tratamiento normativo de dicho delito, debe entenderse que la salud e integridad física del concebido no nacido o feto (en el término utilizado por el precepto) se protegen desde la anidación del óvulo fecundado en el útero, finalizando dicha protección en el momento del inicio del parto.

De lo dicho se deduce que para punir la conducta de lesiones al feto se requiere que se dañe a un cigoto que se encuentra anidado en el claustro materno o en el útero de la madre, pues de lo contrario no se produciría la conducta delictiva contenida en los arts. 157 y 158 CP.

Una vez determinado que se entiende por feto, a efectos penales, y a partir de que momento el Derecho penal extiende su protección en el ámbito del art. 157 CP, se plantea la cuestión de si esta protección se extiende a cualquier feto, independientemente de su viabilidad.

A este respecto, la doctrina penalista se encuentra dividida.

Hay autores que mantienen la necesidad de la viabilidad del feto para la existencia de tipicidad del delito de lesiones al feto (es lo que la jurisprudencia ha

³⁰⁰ Defienden esta idea, entre otros, HIGUERA GUIMERÁ, J.F., “Los delitos de lesiones al feto”, *Actualidad Penal*, núm. 16, 17 a 23 de Abril de 2000, p. 375; LATORRE LATORRE, V., “Lesiones al feto”, *Mujer y Derecho Penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1995, p. 104; PERIS RIERA, J.M., “La Regulación penal de la manipulación genética en España”, Madrid: Ed. Civitas, 1995, p. 134, quien estima que sostener que los delitos de lesiones al feto sólo abarcan la última fase del desarrollo embrionario no significa dejar desprotegidos al preembrión y al embrión, sino que éstos encuentran protección en otros preceptos del propio CP, como los delitos relativos a la manipulación genética o mediante las sanciones administrativas que impone la legislación relativa a las técnicas de reproducción asistida.

denominado la necesidad de existencia de *feto sano*)³⁰¹. Esta opinion sirve de base para excluir de la tipicidad de este delito aquellos casos en los que la enfermedad o deformacion se trasmite genéticamente en el momento de la concepcion, dado que el feto se ha engendrado ya con un patrimonio genético irregular³⁰².

En sentido contrario encontramos opiniones que defienden la indiferencia, a efectos de la tipicidad en el delito de lesiones al feto, que el mismo sea viable o no³⁰³.

2.2. Sujeto activo y sujeto pasivo del delito de lesiones al feto.

En el art. 157 CP el sujeto activo se define de forma muy general en cuanto el precepto señala que el autor de la conducta sancionada es “El que, por cualquier medio

³⁰¹ Así, SALÁS DARROCHOA, *ob. cit.*, pp. 122-124, quien entiende que la viabilidad “En términos sencillos puede ser definido como el pronóstico que en un momento concreto pueda hacerse sobre la posibilidad del feto de cumplir su desarrollo y alcanzar la vida independiente con aptitud suficiente para vivir, y su fundamento se encuentra en las limitadas posibilidades de sobrevivir de los fetos que no alcancen un determinado grado de desarrollo previo a su salida del claustro materno, lo que puede suceder, bien porque su salida se produzca antes de alcanzar ese grado -viabilidad propia o grado de madurez fetal- bien porque aún sin haberse producido su salida el feto no sea capaz de continuar desarrollándose intraútero -viabilidad impropia”. Por su parte la SAP Madrid nº 347/2014, de 6 junio, en casos de delito de aborto estimó que “para que pueda haber delito de aborto el producto de la concepcion debe estar vivo en el momento de la conducta, exigiendose ‘viabilidad intrauterina’, esto es, debe de tener capacidad de evolucion fisiologica para nacer vivo, tratándose de un delito de resultado, cuya consumacion requiere la muerte del producto de la concepcion”; partiendo de la misma postura el delito de lesiones al feto no requiere la muerte del mismo, sino que en el mismo sentido en el que se dice en la sentencia citada, y teniendo en cuenta que el delito de lesiones al feto también es un delito de resultados, el desvalor de la acciones esta realizado con las lersiones producidas.

³⁰² Así, OLMEDO CARDENETE, “Las lesiones al feto y el objeto de protección en los artículos 157 y 158 del Código penal español”, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani, cit.*, pp. 7-8.

³⁰³ En este sentido, GRACIA MARTÍN, ESCUCHURI AISA, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética. Estudios de los Títulos IV y V del Código penal, cit.*, p. 33; HUERTA TOLCIDO, S., OLIVA GARCIA, H., *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid: Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1977, p 48-9; RODRIGUEZ RAMOS, L., SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *Derecho Penal. Parte especial*, Madrid: Ed. Servicio de Publicaciones dfe la Facultad de Derecho de la Universiad Complutense de Madrid, 1996, p.70. En defensa de una interpretacion amplia del término con sus consecuencias en cuanto a la viabilidadse destaca ROMERO CASABONA, C. M^a., “Genética y y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas”, *DS: Derecho y Salud*, Vol. 4, núm. 1, 1996, p, 164.

o procedimiento, causare en un feto (...)”. Por su parte, el art. 158 también se expresa en los mismos términos de generalidad cuando señala que el autor del delito es “El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos (...)”.

Aunque en este último precepto se establecen dos especificaciones.

Por un lado, en el párrafo segundo se hace referencia a que los hechos descritos en el art. 157 se hayan cometido por imprudencia profesional, en cuyo caso se establece, además de la pena señalada, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. Por lo que parece que el precepto está aludiendo de manera específica a los profesionales sanitarios.

Por otro lado, en el párrafo tercero se dispone que “La embarazada no será penada a tenor de este precepto”. Lo cual supone la impunidad de la madre en el caso de que se haya realizado la conducta sancionada en este precepto.

A la vista de esta regulación, y por aplicación a la materia que tratamos, se puede señalar que el sujeto activo de este delito de lesiones al feto en el supuesto que regula el art. 157 puede ser cualquiera sujeto, sea profesional sanitario o no, y, por tanto, cabe incluir dentro de los mismos a los progenitores, padre o madre³⁰⁴, o ambos, dado que se trata de un delito común, y la comisión del mismo puede realizarse por cualquier sujeto.

No obstante, algún autor ha señalado que del art. 157 debería excluirse a la madre como sujeto activo por diversas razones, entre ellas, porque si en dicho precepto se recogen las lesiones consentidas y no consentidas por la mujer embarazada se produciría la paradoja de que el autoaborto merece menos pena que las lesiones al feto cuando quien las provoca o consiente es la propia embarazada, señalando que de igual manera resultaría paradójico que si la embarazada causa lesiones graves al feto con el fin de que se le practique un aborto eugenésico debería ser castigada como autora de un

³⁰⁴ Hace referencia a la madre, ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Las enfermedades con las que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural”, *cit.*, p. 96.

delito de lesiones al feto siendo, en cambio, impune el aborto³⁰⁵. Frente a ello, se insiste en que si el legislador hubiera querido excluir a la mujer embarazada del tipo penal contemplado en el art. 157 lo hubiera hecho de la misma manera que lo hace en el art. 158³⁰⁶.

Sin embargo, en el art. 158, que contempla la modalidad imprudente, de los dos progenitores implicados únicamente puede ser sujeto activo, el padre, dado que la madre se encuentra excluida por el propio precepto.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, en ambos supuestos, tanto en la comisión dolosa del art. 157 como en la imprudente del art. 158, es el *nasciturus*, en el sentido de feto al que se ha aludido en el epígrafe anterior, al que el ordenamiento jurídico español confiere una especial protección tratándolo como si tuviera personalidad jurídica para todos los efectos que le fueran favorables en el art. 29, segundo inciso, del Código civil, aunque en la doctrina se ha debatido esta asignación, pues el feto es al mismo tiempo el bien jurídico protegido en este delito³⁰⁷.

Sin embargo, entiende la doctrina que el sujeto pasivo de estos delitos debe configurarse en relación al bien jurídico protegido por los mismos, al que después se aludirá, y que, como se verá, se refiere a la integridad física y salud personal concretadas en el feto; y como el Derecho penal protege bienes jurídicos objetivables independientes de los derechos subjetivos que pueda tener a aquellos por objeto, la imposibilidad de que el feto sea titular de dichos derechos no presenta obstáculo para atribuirle la titularidad del bien jurídico protegido por estos delitos, en base a que tales seres son portadores de la integridad física y de la salud protegidas por estos tipos penales³⁰⁸.

³⁰⁵ Así, HUERTA TOCILDO, S., “De ciertas incongruencias y aparentes paradojas en los delitos de lesiones al feto”, *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en honor del Prof. José Manuel Valle Muñiz* (Coordres. Quintero Olivares, Morales Prats), Navarra, 2001, pp. 1429 ss.

³⁰⁶ GRACIA MARTÍN, ESCUCHURI AISA, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética. Estudios de los Títulos IV y V del Código penal*, cit., p. 26.

³⁰⁷ Véase GRACIA MARTÍN, L., ESCUCHURI AISA, E., *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética. Estudios de los Títulos IV y V del Código penal*, cit. pp. 16.21 y 26.

³⁰⁸ GRACIA MARTÍN, ESCUCHURI AISA, *ob. cit.*, p. 26.

La designación del feto como sujeto pasivo delimita, como ya se ha apuntado, la aplicación del delito de lesiones al feto o el delito de lesiones a la persona, regulados en los arts. 157 y 147 CP respectivamente.

La línea que separa un delito del otro, pese a que la doctrina ha barajado históricamente varias posibilidades³⁰⁹, se encuentra en el comienzo de las contracciones en el momento del parto, como recoge la jurisprudencia, señaladamente en las SSTS de 5 de abril de 1995 (RJ 1995\2882), de 22 de enero de 1999 (RJ 1999\275) y 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002\1787).

Estas sentencias traen como causa la citada STC 53/1985, de 11 de abril, que ya había declarado que la vida humana “es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando cuerpo”, y que la gestación ha generado un “tertium” existencialmente distinto a la madre, aunque alojado en ésta.

En la STS de 5 de abril de 1995 (RJ 1995\2882), la Sala señaló en su fundamento de derecho primero que “Ciertamente que el delito de lesiones, aceptando que pueda surgir de comportamientos activos o de comisión por omisión, lleva embebida la idea de alteridad -herir, golpear o maltratar al otro, decía el texto vigente en el momento de los hechos-, y ‘el otro’, mientras no alcance la categoría de persona (el caso del feto o embrión humano) es más objeto que sujeto pasivo del delito; pero puede afirmarse que, en estos supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción -en sentido lato- se intenta y realiza sobre una persona, la madre, y el resultado -demostrada la relación causal- trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no adquieran notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento. Este razonamiento en el mismo plano argumentativo del recurso tiene una indudable inspiración civilista al tomar como ‘punctus saliens’ el momento en que se inicia la personalidad, situada fuera de la realidad de las cosas como evidencia el mismo texto civil que se ve forzado a tener por persona al concebido a todos los efectos

³⁰⁹ Así se ha aludido al desprendimiento total de seno materno, con o sin corte del cordón umbilical, al comienzo de la respiración pulmonar autónoma, y otras circunstancias para establecer esa distinción entre delitos.

favorables (artículos 29 y 30), y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica; si se añade, en armonía con los avances científicos, que el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero -conforme a las técnicas más recientes- de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento, negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea preterida de la ‘mulieris portio’, es desconocer las realidades indicadas. La regulación penal anunciada, primero en el Proyecto de 1992 y actualmente en el de 1994 en proceso de elaboración legislativa, otorga a estos hechos una tipificación clara y realista que es eco de las razones últimamente expuestas, pero no implica que llene un vacío normativo porque desde la perspectiva actual es posible dotarles de una construcción jurídico-penal, tal como ha venido haciendo implícitamente la jurisprudencia de esta Sala en Sentencias de 29 mayo 1965 (RJ 1965\2649), 5 mayo 1988 (RJ 1988\3484) y 1 abril 1992 (RJ 1992\2853) referidas a las matronas, y otras a ginecólogos, como las de 29 marzo 1988 (RJ 1988\2124) y 4 octubre 1990 (RJ 1990\7662). En conclusión, afirmado como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o, atribuyéndole, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad”³¹⁰.

En la STS de 22 de enero de 1999 se dice en el fundamento único que se da por reproducidos los razonamientos jurídicos del Ministerio Fiscal, el cual, en su fundamento de derecho primero, señala que el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continua con el periodo de expulsión; en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado; las

³¹⁰ El supuesto de hecho del que trae causa el recurso trata de la falta de atención a un parto problemático que realizó la matrona de un Servicio de Salud, por lo que el niño nació con graves lesiones. El TS declaró haber lugar al recurso y dictó segunda sentencia en la que condenó a la acusada como autora de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves al feto a la pena de seis meses y un día de prisión menor y a indemnizar a los padres del menor en 10.000.000 de ptas. por daños morales y al menor en 15.000.000 de ptas. respondiendo como responsable civil subsidiario de dichas cantidades el INSALUD.

contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, del tal manera que hay un intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión, que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto. Se reitera y precisa, en el mismo fundamento, que “ el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto” y se añade que no existe en derecho penal un precepto que señale, como sucede en Código civil, la delimitación de los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona, pero no cabe duda que la continuación como persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento, se sitúa en la línea de mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 25 y 43 de nuestra Constitución. La sentencia proclama, en suma, que el ser humano cuyo nacimiento se ha iniciado constituye un bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que, como delitos de homicidio o de lesiones, se tipifican en el Código penal. El TS mantiene que, iniciado el parto, no son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad de una “persona”, al que se refieren los art. 420 del CP anterior y 147 del vigente CP³¹¹.

En esta misma línea se sitúa también la STS 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002\1787) que recoge la postura jurisprudencial de las SSTS de 1995 y de 1999, y señala: “la sentencia de esta sala de 5 de abril de 1995 dictada en el recurso de casación 2/1994 bajo la vigencia del CP 1973 condenó por un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves causadas al feto, cuando no existía específica tipicidad

³¹¹ En el mismo sentido, la STS de 22 de enero de 1998 señala que “el comienzo del parto que surge con el llamado periodo de dilatación y continua con el periodo de expulsión, pone fin al estadio fetal al comenzar con ambos momentos el nacimiento y transformarse en persona lo que antes era un feto”, por lo que a partir de ese momento si se sufriera una lesión o transmisión de enfermedades se aplicaría el art. 147 CP, relativo al delito de lesiones comunes, dado que el sujeto pasivo de dicho delito es la persona o ser humano ya formado. En igual sentido se manifiesta la jurisprudencia menor, concretamente, entre las más recientes, la sentencia del Juzgado de lo Penal, nº 1, de Teruel, de 6 de febrero de 2014 (nº 22/2014, nº autos 189/2013, Pte: Amparo Bienvenida Monge Bordeje), que resulta interesante pues señala de modo claro el momento justo en el que se pasa de la comisión de un delito de lesiones al feto a un delito de lesiones general y pese a que la sentencia aborda delitos de lesiones por imprudencia médica grave la descripción de las características de la imprudencia se pueden parecer que se pudieran extrapolar a la imprudencia del padre en supuestos de lesiones; en dicha sentencia se condena al acusado (médico) de un delito de lesiones por imprudencia médica grave; de las pruebas practicadas queda demostrado que se produjo una desestabilización de la fuente de peligro, y con su omisión, el acusado no puso los medios a su alcance para procurar que el peligro se situase en los límites del riesgo permitido (FJ 2).

del art. 158 CP vigente de 1995 que así lo establece, aunque ya se vislumbraba a tenor de los proyectos de reforma. Al analizar desde este punto de vista penal las lesiones al feto durante el curso de la gestación recordaba que los arts. 29 y 30 del CC se ven forzados a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables y no hay efecto mas beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica, añadiendo que el concebido, en armonía con los avances científicos tiene un patrimonio genético completamente diferenciado, un sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero -conforme a las técnicas mas recientes- de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de gestación, no es un término absoluto, por cuanto se prolonga después del nacimiento, negar al embrión o feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea pretendida de la “mulieris portio”, es reconocer las realidades indicadas. Negaba la sentencia, en definitiva, que existiera un autentico vacío normativo en este punto y afirmaba que era posible, aún desde la perspectiva de aquel tiempo, una construcción jurídico-penal como había venido implícitamente haciendo la jurisprudencia de la Sala, citando al respecto cinco sentencias, para concluir que se podía atribuir al feto, ‘con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y consecuentemente, del delito imprudente’ no es cuestionable en nombre del principio de legalidad”³¹².

Pese a que la postura jurisprudencial del TS es la señalada, cierta parte de la doctrina discrepa de la misma apuntando momentos diferentes a partir de los cuales se considera que el feto adquiere personalidad jurídica propia y, por tanto, se pasa de un delito de lesiones al feto a un delito de lesiones general con las evidentes connotaciones penológicas derivadas de dicha transición.

³¹² La STS de 29 de noviembre de 2001 casó una sentencia de la Audiencia reconociendo que existió imprudencia en la actuación de un ginecólogo que causó la muerte de un niño empleando ventosas; en ella el demandado entendía que no podía ser sancionado por ser un hecho atípico, aborto por imprudencia leve, mientras que el TS, aplicando la doctrina señalada en el texto, lo condena por un delito de homicidio por imprudencia leve al considerar que era un ser humano ya nacido. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del Juzgado Penal nº 14 de Madrid de 7 de julio de 2006, de la AP de Sevilla de 28 de mayo de 2008, y de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de septiembre de 2008. Aunque existen sentencias divergentes, como la de la AP de Sevilla de 29 de diciembre de 2009 que ratifica la condena por aborto imprudente y no por homicidio en un caso similar a los anteriores.

Así, encontramos criterios alternativos para determinar el comienzo de la protección penal de la vida humana del nacido. Una parte de la doctrina entiende que es más correcto el criterio de la completa expulsión del feto del seno de la madre y no el inicio de las contracciones del parto aunque aún no se haya cortado el cordón umbilical, teoría que parece dominante en nuestra doctrina³¹³. Dicho criterio engloba distintas posturas doctrinales, y así para algunos autores sería suficiente la completa expulsión, mientras otros requieren que el nacido haya respirado por vía pulmonar o que se le haya cortado el cordón umbilical. Incluso se ha llegado a exigir para afirmar la existencia de vida humana independiente la viabilidad del feto.

Según el momento en que se considere que hay vida humana independiente, a fin de aplicar uno y otro de los preceptos citados (arts. 147 o 157 CP), a *contrario sensu* se entenderá que hay lesiones al feto, y no a la persona.

2.3. El bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto.

El art. 157 CP se refiere a una conducta que perjudique gravemente el normal desarrollo del feto o que le provoque una grave tara física o psíquica.

De ello se deduce que el bien jurídico a proteger en el caso de un delito de lesiones al feto es la integridad física o psíquica y, por ende, la salud del futuro nacido, frente a agresiones que pueda sufrir cuando todavía se encuentra en el seno materno y, por tanto, depende aún de la madre, aunque ello ha sido discutido por la propia doctrina penalista³¹⁴.

³¹³ ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada: Ed. Comares, 2004, p. 17; GÓMEZ RIVERO, M.^a C., *La responsabilidad penal del médico*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 521 y ss; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 18.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 33. Para un análisis en profundidad del referido panorama doctrinal, véase ROMEO CASABONA, C. M.^a, “Los delitos contra la vida humana: el delito de homicidio”, *Revista de Derecho Penal*, 2003 (1), pp. 21 y ss. (en especial, p. 23).

³¹⁴ Véase, por todos, GRACIA MARTÍN, ESCUCHURI AISA, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética. Estudios de los Títulos IV y V del Código penal*, cit., pp. 16-25, quienes puntualizan que en el ámbito del Derecho penal se distingue bien jurídico protegido y su sustrato, que son conceptos que no se identifican y que despliegan sus funciones dogmáticas en diversos planos; el

Y de hecho, hay autores que estiman que el bien jurídico protegido es “el objeto de la procreación”³¹⁵, que incluiría en la misma los términos embrión y feto, y que relacionaría el devenir del concebido no nacido en su proyección hacia la vida humana independiente y plena; y otros que consideran que el bien jurídico protegido es el interés de los progenitores a tener una descendencia normal y con ausencia de taras físicas o psíquicas³¹⁶.

La salud e integridad a la que parece hacer referencia el citado art. 157 incluye tanto los aspectos físicos como psíquicos y tiene un reconocimiento constitucional en el art. 15 CE, según la STC 53/1985 (FJ 5), y viene a reconocer la relación de continuidad y de tránsito existente entre feto y persona nacida³¹⁷.

Como señala Emaldi, “se trata de preservar al nasciturus de toda injerencia que pueda menoscabar de forma grave su integridad o salud física o psíquica, cuando la lesión sea originada en el periodo comprendido entre la concepción y el parto, aunque el menoscabo sólo se conozca o se manifieste con posterioridad al nacimiento, en cuyo caso será mas problemático probar la relación de causalidad. Por tanto se castigan las lesiones prenatales con consecuencias prenatales y postnatales”³¹⁸.

sustrato es la entidad psicofísica que representa a la integridad física y a la salud del feto, señalando que en el tipo penal que tratamos la doctrina define el bien jurídico protegido mediante la identificación de una diversidad de valores que encarnarían en aquel sustrato, como los denominados bienestar personal, incolumidad personales o corporales, dignidad de la persona, etc. (p. 20); sin embargo, frente a estas posturas, los autores señalados entienden que el bien jurídico protegido por los tipos de lesiones al feto está integrado por la integridad y la salud personales, si bien con las debidas matizaciones, puesto que el bien jurídico se encuentra encarnado en el momento de la lesión en un ser dotado de vida dependiente y carece de autonomía, de tal manera que la lesión se manifiesta cuando abandona el seno materno (p. 21); DÍEZ RIPOLLES, J. L., GRACIA MARTÍN, L., LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I, Título I al VI y faltas correspondientes*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1997, pp. 330 ss; LAMARCA PEREZ, C., *Manual Derecho Penal. Parte especial*, Madrid: Ed. Colex, 5ª ed., 2010.

³¹⁵ Término utilizado por MIMBRERA TORRES, E., *Comentarios al Código penal* (art. 157 y 158 CP).

³¹⁶ Véase al respecto ROMEO CASABONA, C. Mª., *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 195 ss.

³¹⁷ Recordemos que la STC 53/1985 señala que el feto no es titular de ningún derecho, pero si es un bien jurídico protegible.

³¹⁸ EMALDI-CIRIÓN, “El consejo genético y la responsabilidad de los médicos que asesoran”, cit., p. 729.

Como señala Pérez Suances³¹⁹, estamos ante un delito de resultado material que abarca los siguientes casos: 1) alteraciones patológicas de carácter anatómico o funcional como la privación de algún miembro del cuerpo (lesiones); 2) alteraciones somáticas del conjunto del organismo, como la causación de complicaciones respiratorias o cardiológica (enfermedad corporal); y 3) alteraciones psicológicas como la disminución del desarrollo intelectual (enfermedad mental). Conforme a la dicción del art. 147 CP, dicha lesión o enfermedad debe perjudicar gravemente su normal desarrollo, o provocar en el mismo una grave tara física o psíquica refiriéndose al feto, es decir, cualquier transmisión por los padres de una enfermedad no va a suponer el cumplimiento del presupuesto de la de la antijuridicidad que exige el delito, la lesión debe perjudicar gravemente al feto.

Para ser sancionadas penalmente las lesiones inferidas en el concebido y no nacido, deben ostentar la suficiente entidad para causar un menoscabo grave de su integridad o salud física o psíquica, pero sin que la conducta lesiva llegara a causar la interrupción del embarazo y haber sido causadas de forma dolosa en el caso de la madre, puesto que, como se recoge en la dicción de los artículos 157 y 158 CP, las lesiones por negligencia que se infieran al feto por la madre no están en el tipo penal.

En relación a la característica de “suficiente entidad” en referencia a las lesiones que se propician al feto por la gestante se deben realizar dos matizaciones, aunque éstas pueden ser extrapolables a los otros tipos de lesiones que se le puedan ocasionar al feto. No cualquier lesión va a cumplir los requisitos de tipo penal. La lesión debe, como el mismo enunciado del artículo señala, causar un “menoscabo grave”; la cuestión que se deriva de ello es matizar o concretar que constituye un menoscabo grave, y quien tiene que señalar si existe, dado que no existen unas tablas o referencias que indiquen cuál debe ser la gravedad de dichas lesiones para considerar que se encuentran dentro del tipo penal, de llegar a sede jurisdiccional³²⁰.

³¹⁹ PÉREZ SUANZES, “Los delitos de lesiones especial referencia a las lesiones al feto”, *cit.*, p 507 y ss.

³²⁰ Otra cuestión es la reparación de las lesiones con referencia la comisión del delito de lesiones al feto. Es decir lesiones ocasionadas al feto en el periodo comprendido entre la concepción y el parto. Y si se produce la lesión pero se repara antes del nacimiento por algún método o la lesión fue importante pero gracias a la intervención prenatal se matiza y se reduce la gravedad de la misma después del nacimiento. En este punto existe divergencia de opiniones; autores como DIEZ-RIPOLLÉS, *lug. ultm. cit.*, estiman que la conducta lesiva sólo será punible cuando el menoscabo a la salud o integridad corporal persista

2.4 Los medios requeridos por el delito de lesiones al feto.

El art. 157 CP comienza diciendo: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad” o “provoque en el mismo una grave tara física o psíquica”.

La importancia de la terminología es manifiesta, pues el legislador parte en un primer momento de lesiones corporales o enfermedades derivadas de una acción de un sujeto que causa o provoca daño a otro.

De estos dos efectos que se contemplan en el citado artículo, interesa, por el tema que tratamos, la causación de enfermedades o de taras físicas o psíquicas al feto.

La cuestión que se plantea es discernir si, cuando se transmiten enfermedades o defectos, el resultado dañino lo produce el sujeto activo o dicho daño es el resultado de la propia enfermedad transmitida.

Cuando el citado precepto adopta la terminología “el que causa” parece ser que se refiere a una diversidad de sujetos activos, terceros respecto al feto, que, como se ha indicado, comprende también a los progenitores, pues éstos pueden causar, como otros, tanto lesiones o enfermedades como provocar las señaladas taras.

Concretamente, por lo que se refiere a las enfermedades, como apunta Atienza Navarro, “en estos casos el comportamiento de los padres no causa directamente la enfermedad del hijo; éste la padece porque aquellos se la han transmitido o se la han contagiado durante la concepción o en un momento posterior de la gestación”³²¹.

después del nacimiento: otros autores, como GARCÍA MIRANDA, *lug. ultm. cit.*, consideran que puesto que lo que se penaliza es la inferencia de la lesión grave con anterioridad al nacimiento por el sujeto penalmente responsable, si dichas lesiones en el nasciturus son curadas o aliviadas, asimismo serían acciones punibles, puesto que la acción ya estaría realizada

³²¹ ATIENZA NAVARRO, M^a.L., “Las enfermedades con las que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural”, *Daños en el derecho de familia*, cit., p. 57.

Sin embargo, se pueden aportar aquí los criterios que la jurisprudencia ha señalado en relación al art. 147 del CP que, con notoria amplitud, se refiere a “causar lesión por cualquier medio o procedimiento”, teniendo declarado la Sala penal del Tribunal Supremo que los delitos de lesiones que protegen la integridad corporal y la salud no se caracterizan por definir determinadas formas de acción que implican una actuación sobre el cuerpo de la víctima (herir, golpear, maltratar, como ocurría en la descripción antigua de estos delitos de lesiones), sino que en la actualidad se carece de una determinada forma de actuación, de manera que lo decisivo ya no es la forma de la acción como antaño, sino su cualidad respecto al resultado del menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de la víctima. Puntualizaciones éstas que pueden aplicarse perfectamente a la dicción del art. 157 CP³²².

Este criterio de que la importancia radica en el resultado y que, por lo tanto, la comisión del mismo incluye todo tipo de actividades, lo mantiene también Suanzes, que añade que lo importante es que “la lesión o enfermedad han de limitar o dificultar considerablemente la evolución biológica del feto, tanto durante la gestación como una vez nacido. Por la taras físicas o psíquicas habrá de entender malformaciones, es decir, déficits de carácter permanente e irreparable”.³²³

Como apunta Brage la expresión “por cualquier medio” que utiliza el art. 147 CP “permite incluir en el tipo comportamientos en los que se empleen medios violentos que suponen la utilización de la fuerza física sobre el cuerpo del sujeto pasivo, pero también aquellos, que sin ejercer fuerza física sobre la víctima, tienen la capacidad para afectar su salud (ingestión de veneno, transfusión de sangre infectada, etc.); asimismo deben incluirse los medios de naturaleza psíquica que, debido a su incidencia sobre el equilibrio psicofísico del sujeto, terminan afectando a su salud física o mental; además, la extensa alusión a cualquier medio o procedimiento permite el castigo de la comisión por omisión siempre que se den los requisitos del art. 11 CP”.³²⁴

Por todo lo cual, la doctrina entiende que no cabe duda de que dentro de la

³²² En este sentido, SSTC, Sala 2ª, de 25 de febrero de 2002 (Recurso nº 50/2002) y de 3 de abril del 2002 (Recurso 880/1999, en la que fue ponente Vicente Conde Martín de Hijas).

³²³ SUANZES PÉREZ, *ob cit.*, p. 507.

³²⁴ BRAGE CEDAN, S., “Los delitos de lesiones en el Código penal de 1995”, *Dereito*, Vol.8, núm. 1, 1999, p. 52.

acción típica de contagio de enfermedades al feto se incluyen también aquellas provocadas al mismo a través de la madre³²⁵.

2.5. La conducta típica del delito de lesiones al feto.

La conducta típica del delito de lesiones al feto puede ser cometida por comisión propia o acción y por comisión impropia u omisión en base al art. 11 CP³²⁶, dado que la acción en el delito de lesiones al feto es la causación de una lesión o enfermedad o provocación de una grave tara física o psíquica que perjudique el normal desarrollo del feto, antes de que comience el periodo del parto, como ya se ha indicado anteriormente.

La conducta típica se causaría por omisión cuando pudiendo haber evitado el daño, no se evita (por ejemplo, la mujer embarazada que no deja que operen al feto dentro de su seno para curarlo de alguna enfermedad o malformación).

La importancia de la acción es que las distintas modalidades comisivas de lesiones al feto sean idóneas para producir este resultado en el marco de la correspondiente relación de causalidad.

2.5.1. Comisión dolosa del delito de lesiones al feto por los progenitores.

En la causación de daño al feto por los progenitores habría que distinguir dos grandes supuestos: por un lado el caso en el que los progenitores o uno de ellos causan dolosamente una lesión con las connotaciones de gravedad que se han señalado, y por

³²⁵ En este sentido, GRACIA MARTÍN, ESCUCHURI AISA, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, cit., pp. 38-39; LATORRE LATORRE, V., “Lesiones al feto”, *Mujer y Derecho penal*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1995, p. 191; CARBONELL MATEU, J. C., GONZALEZ CUSSAC, J. L., “Lesiones al feto”, *Derecho penal. Parte Especial* (Coordres. Vivés Antón, Orts Berenguer, Carbonell Mateu, Martínez-Buján Pérez), Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2004, p. 158.

³²⁶ Conforme se recoge en el art. 11 CP los delitos (antes también las faltas) que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipara la omisión a la acción: a) cuando exista una específica obligación legal de actuar o contractual de actuar; y b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción o omisión precedente.

otro lado, el caso en el que los progenitores o uno de ellos transmiten dolosamente al *nasciturus* una enfermedad³²⁷ con las mismas señas de gravedad que existían para la lesión.

A) Causación de una lesión al feto por los progenitores.

Esta causación se puede realizar por comisión o por comisión por omisión.

a) En el caso de que se trate de ocasionar al feto una lesión por comisión, el sujeto activo puede ser cualquiera de los dos progenitores, aunque normalmente suele ser el padre dado que el feto se encuentra alojado dentro del cuerpo de la madre y para lesionarlo obligatoriamente debe existir una acción sobre el cuerpo de la misma, que habitualmente se realiza desde el exterior por terceras personas.

Este supuesto puede concurrir, además, con casos de violencia de género, malos tratos a la madre gestante, violación, que pueden ocasionar lesiones al feto, siendo el caso mas grave de dichas lesiones el supuesto del aborto *in consentido*³²⁸.

Pese a lo anterior, también la madre puede ser sujeto activo del delito de lesiones al feto por acción si las causa dolosamente³²⁹. En este supuesto el problema sería diferenciar el dolo de la imprudencia grave (por la que no sería castigada según el art. 158, 3º CP). Este sería el caso, que refleja gráficamente el dilema aludido, del consumo de cocaína o estupefacientes durante el embarazo; es un hecho comprobado que el

³²⁷ Para que exista dolo debe existir conocimiento previo, ya que el error sobre los elementos del tipo excluye la penalidad (por ejemplo, desconocer la circunstancias específicas o resultados dañosos de la ingestión de medicamentos, de la práctica de ciertas actividades deportivas, etc.).

³²⁸ En este sentido se puede citar la STS, Sala 2ª, de 12 de marzo de 2015 (nº 133/2015, Rec. 1436/2014, Pte: Andrés Martínez Arrieta), en la cual dicho tribunal confirma la condena de la SAP de Madrid por delito de provocación de aborto *in consentido* y un delito de lesiones. Señala el TS que las pruebas realizadas determinan la existencia inequívoca de la lesión que se le provoca a la madre consistente en una patada en el vientre mientras era gestante, lesión que acabó con la vida del feto; como señala el TS en su fundamento jurídico primero: “En la declaración de la víctima hay ausencia de móviles espurios y está corroborada por las tres pruebas periciales de las que resulta que la lesión no se produjo de forma espontánea, sino que sufrió un fuerte traumatismo en el vientre que le causó la gravísima lesión”. Esta sentencia corrobora la SAP Madrid, Sec. 27ª, de 6 de junio de 2014 (nº 347/2014, Rec. 788/2014, Pte: José Mata Amaya), que condena al acusado de un delito de provocación de aborto *in consentido*, en concurso ideal con un delito de lesiones, concurriendo la agravante de parentesco.

³²⁹ En este sentido, entre otros, GRACIA MARTÍN, ESCUCHURI AISA, *ob. cit.*, pp. 38-39; LATORRE LATORRE, Lesiones al feto, *cit.*, p. 191; ROMEO CASABONA, “Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas”, *cit.*, p. 165.

consumo de estupefacientes es dañino para cualquier persona en cualquier circunstancia, y más en estado de gestación dado que dichas sustancias son (y no se dice pueden ser sino en afirmativo) dañinas para el feto y causan, en un grado o en otro, lesiones o la muerte del mismo; en este caso entran en juego la libre autonomía de la madre y la salud del feto; si la madre no toma las drogas con voluntad de dañar al feto sino con voluntad de discernimiento personal nos encontraríamos no en el supuesto del art. 157 referido al delito doloso de lesiones al feto, sino en el del art.158 relativo al delito de lesiones al feto imprudente, por lo que no sería castigada penalmente dado que el legislador ha extraído directamente a la madre de la comisión del citado delito³³⁰.

Este supuesto abarca también las tentativas de aborto, en la que no se ha llegado a realizar dicho aborto pero han determinado graves lesiones al feto; en este supuesto habría que determinar en qué casos la voluntad es de causar lesiones al feto y en qué casos la voluntad de la madre era abortar efectivamente aunque no lo haya conseguido, quedando tan solo en tentativa, pero ocasionando lesiones al feto. La distinción vendrá determinada por las circunstancias del caso concreto y las pruebas que se puedan aportar; de modo que serán los Tribunales los que determinen la comisión de un tipo u otro de delito. Ello tiene suma trascendencia pues la penalidad de ambos delitos es diferente.

b) Por otra parte, la comisión por omisión del delito de lesiones al feto también queda subsumida en el art. 157 CP.

En la aplicación de este precepto, la jurisprudencia ha señalado la exigencia de unos requisitos. Así, por todas, en la sentencia del Tribunal Supremo 1538/2000, se señala que, “para la aplicación del referido artículo se exige: 1º.- Producción de un resultado de lesión o peligro; 2º.- Omisión de una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación del resultado; 3º.- Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito este fundamental en los delitos especiales; 4º.- Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado, y 5º.- Que la

³³⁰ Véase FALCÓN ROMERO, M., LUNA MALDONADO, A., “Problemas ético-jurídicos en el consumo de drogas durante el embarazo”, *Cuadernos de Bioética*, XVIII, 2007 (2), pp. 244-245.

omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

Únicamente puede cometer el delito por omisión el que tiene el deber de cuidado o al que puede exigírsele tal deber³³¹.

El deber de cuidado como concepto jurídico no viene definido en la ley. Por lo que la apreciación del mismo corresponde al Juez, que es el que valora si hubo o no infracción del deber de cuidado, aunque en el caso de los progenitores el deber de cuidado se presupone³³².

Infringiría el deber de cuidado el sujeto que conforme a sus capacidades hubiera podido prever el resultado dañoso, basándose únicamente en capacidades individuales y no en conocimientos excepcionales³³³.

Sin embargo, en el caso de la madre los perfiles de la antijuridicidad parecen ser más complicados. Podría cometer el delito de lesiones dolosas al feto por omisión. El caso más gráfico es el supuesto de que no dejara que se operara al feto dentro de su vientre sabiendo y constando la evidencia de que para ella no comportaría ningún peligro dicha intervención y para el feto le repondría de un seguro resultado dañoso, o que no se tomara una medicación que impidiera o limitara las consecuencias de la enfermedad de la madre. Dado que para la realización cualquier intervención en estado gestante es necesario el consentimiento informado de la madre, como en el caso anterior, se vuelven a contraponer los derechos de la madre a la libre determinación y a su integridad física con los derechos del niño a la salud. En este punto existen varias

³³¹ GRACIA MARTÍN, ESCUCHURI AISA, *ob. cit.*, p. 39. En este supuesto cabe citar los casos de omisión de socorro a la madre gestante por el progenitor; por ejemplo, en un accidente de tráfico, a raíz de la cual la atención tardía a la madre gestante en el centro médico ocasiona lesiones de gravedad en el feto que se podían haber evitado si a la madre hubiera sido atendida antes); el progenitor tiene ese deber de cuidado como padre (art. 154 CC), pareja (art. 68 CC), así como si fuera un tercero cualquiera que participara o presenciara el accidente de tráfico.

³³² El deber de atención de los padres respecto a los hijos se encuentra recogido en los art.154 CC y ss, y en la legislación, estatal y autonómica, sobre protección de la infancia.

³³³ El deber de cuidado está analizado con mucha más precisión en el caso de los profesionales médicos por ROMERO CASABONA, C. M^a., “Evolución del tratamiento jurídico penal de la imprudencia del personal médico sanitario”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 13, 2007 pp. 223 y ss.

corrientes doctrinales diversas, en las que o bien se priman los derechos de la madre o bien los derechos del hijo, poniendo en la balanza los perjuicios y los beneficios de unos y de otro.

Ahora bien, si desde el punto de vista médico se puede producir al hijo la lesión si no se interviene la madre, y, negándose ésta a dicha intervención, se producen lesiones o enfermedades en el feto, que se manifestaran posteriormente en el nacimiento, estando definida la relación de causalidad, se podría entender que efectivamente la madre ha causado por medio de la omisión un delito de lesiones dolosas al feto, encuadrado en el art. 157 CP, porque, entiende la doctrina, la voluntad de causarlas es la misma que la de no evitarlas pudiendo hacerlo.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de junio de 1997 (RJ\1997\4987) afirma: “el adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia a un tratamiento médico debiéndose respetar su decisión salvo que con ello ponga en peligro los derechos o intereses ajenos” (Fundamento de Derecho único). En el supuesto referido se contrapondrían, como se ha indicado, los derechos de la madre frente a los del feto³³⁴.

No obstante, la cuestión que se plantea es si la protección al feto cede ante el

³³⁴ Esta sentencia, sin embargo, no trata sobre las lesiones realizadas al feto, si no de la negativa de los padres, testigos de Jehová a la realización de una transfusión de sangre a su hijo de 13 años cumplidos, de resultas de la cual se produjo una agravación de la enfermedad padecida por el menor con resultado de muerte. El supuesto fue muy controvertido en tanto en cuanto estaba implicado un menor de edad, que, además, participaba plenamente de la decisión de sus padres, y el conflicto entre derechos fundamentales, el derecho a la vida (del menor en este caso) y el derecho a la libertad religiosa de los padres y del propio menor. En la jurisdicción penal, en la STS de 27 junio de 1997, que casó la SAP de Huesca de 20 de noviembre de 1996, se condenó a los padres por un delito de homicidio imprudente en su modalidad de comisión por omisión, aplicándoles la atenuante de obcecación (art. 21.3 CP), imponiéndoles una pena de dos años y seis meses de prisión, estando el tribunal en disposición favorable de firmar un indulto parcial; en dicha sentencia se señaló, entre otros argumentos, que “cuando la persona que requiere el tratamiento para salvar su vida o evitar un daño irreparable es un menor (...) es perfectamente legítimo y obligado ordenar que se efectúe el tratamiento al menor aunque los padres hayan expresado su oposición. El derecho a la vida y la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres”. Sin embargo, el TC en sentencia de 18 de julio de 2002, exoneró a los padres de culpa, pues estimó que su condición de garantes había concluido cuando se solicitó la autorización al Juez para realizar la transfusión y que no se podía desconocer el derecho a la libertad religiosa de los padres. Véase a este respecto, ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Relevancia del consentimiento en el conflicto entre el derecho a la vida y la libertad religiosa”, *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, T. I, Universidad de Granada, Universidad de Jaén, 2000, pp. 105-107, y “Capacidad de obrar del menor en el ámbito sanitario y drogodependencias”, *Revista española de drogodependencias*, 2013 (3), pp. 295-296.

derecho a la integridad física de la madre, pues la intervención se realiza a través de un procedimiento invasivo que afecta el cuerpo de la madre, que, aunque no suponga peligro para ella, sin embargo puede ocasionar molestias y efectos secundarios.

B) Causación o transmisión dolosa de una enfermedad al feto por los progenitores.

El art. 157 CP también incluye la conducta de un sujeto que por cualquier medio causare al feto una enfermedad, lo que puede ocurrir tanto por acción como por omisión.

Parece que se debe entender que el término “causación” de la enfermedad debe incluir la “transmisión” de la misma, pues, como se ha señalado, el delito de lesiones al feto es un delito de resultado, pero de medios indeterminados, por lo que cabe pensar que debería abarcar también la transmisión de enfermedades, toda vez que la causación de las mismas se encuentran incluidas expresamente en el precepto.

Toda vez, hay que recordar, que la transmisión dolosa de enfermedades contagiosas o transmisibles a personas ya nacidas (como el VIH, el VHC, la sífilis, y otras enfermedades de transmisión sexual, por ejemplo) está penada también en el delito general de lesiones regulado en el art. 147 CP.

La transmisión dolosa de una enfermedad al feto se puede realizar por el padre, la madre o ambos progenitores, pues el art. 157 CP, como ya se ha indicado, solo se refiere de forma general al sujeto activo sin realizar mayores precisiones.

Cuando la transmisión de la enfermedad de forma dolosa se realiza del padre a la madre en el momento de la procreación o durante la gestación³³⁵, y, tal transmisión se produce también al hijo, se plantea la cuestión de si existen dos delitos diferentes, un delito de lesiones por la transmisión de la enfermedad a la madre y un delito de lesiones al feto por la transmisión de dicha enfermedad al hijo³³⁶, o un concurso ideal de delito de lesiones. La tipicidad del delito va a depender de cómo se produzca dicha transmisión,

³³⁵ Esta situación se puede producir por que el padre no ponga en conocimiento de la mujer su padecimiento o a través de abusos sexuales o de violación del hombre a la mujer.

³³⁶ Caso que se contempló en la STS 6 junio 2011 (RJ 2011\4542). Véase *Infra* epígrafe 2.5.2.

de modo que se podrá considerar que existen dos delitos de lesiones, a la madre y al feto, o un concurso ideal de delito de lesiones (así STS 6 junio 2011, RJ 2011\4542).

También la madre, tiene la capacidad de causar o transmitir voluntariamente una enfermedad al feto, que incida gravemente en su normal desarrollo. Reiteramos que dado que el feto se encuentra dentro del vientre de la madre, para que el delito de lesiones al feto por transmisión de enfermedades se aplique es necesario que la progenitora ya tenga la enfermedad y conscientemente no ponga los medios adecuados para evitar la transmisión vertical, de modo que, debido a su conducta, omisiva, está transmisión se produce y el feto desarrolla la enfermedad, que se vuelve a insistir, afecta gravemente la salud física o psíquica del mismo³³⁷. También cabe que la transmisión de la enfermedad de la madre al feto se produzca por acciones que ésta realiza causándole una enfermedad al feto³³⁸.

Los expertos han señalado que la mujer embarazada puede generar lesiones al feto por diferentes vías, como pueden ser el consumo de tóxicos de todo tipo (drogas, alcohol, tabaco, etc.), exposición a agentes mecánicos, físicos (radiaciones) o químicos que pueden lesionar al feto, negligencias en la higiene de la embarazada, de vestido, nutricionales, etc.; también la ocultación de la gestación puede dar lugar a lesiones en el feto, pues los facultativos, ignorando la gestación de la mujer, y en el transcurso de la atención asistencial a la madre, pueden prescribir a ésta medicamentos o exploraciones potencialmente nocivas para el feto, así como omitir los pertinentes controles obstétricos³³⁹.

³³⁷ Estos serían los casos, por ejemplo, de evitar un parto vaginal a través del cual se podía evitar la transmisión de la enfermedad (entre ellos, el caso del virus VIH, que se puede transmitir de madre a hijo en el momento del parto), o no tomarse la medicación adecuada para remitir la enfermedad en el feto (cosa que también puede suceder en las mujeres seropositivas).

³³⁸ Estos serían los casos, por ejemplo, en que a la madre se le indica médicamente que debe tomarse ácido fólico durante el embarazo o alguna medicación específica, y voluntariamente no se la toma sabiendo que la no ingesta de la misma va a causar en el feto el desarrollo de una enfermedad por la falta de dicha medicación; o la madre que voluntariamente deja de comer, y la falta de alimentación determina que el feto desarrolle una enfermedad con graves lesiones. Se trata de una acción de la madre de carácter negativo.

³³⁹ Véase al respecto, FRANCÉS, F., “La protección del feto maltratado”, *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, núm. 2, enero-marzo, 2011, p. 3.

En estos casos, dada la disposición del feto dentro del vientre de la madre, la negligencia del comportamiento de la madre puede generar ineludiblemente repercusiones negativas en el desarrollo del *nasciturus*. Ahora bien, se necesita la evidencia y la prueba del nexo de causalidad y de la probabilidad manifiesta del desarrollo de las mismas entre dicha negligencia y el desarrollo de la enfermedad del hijo. Y los expertos han señalado que en muchas ocasiones estas lesiones pasan desapercibidas y “sólo se hacen evidentes después del parto, cuando ya es difícil recoger información retrospectiva sobre la exposición al agente causal y que la demostración de asociaciones de causa-efecto puede ser difícil de concluir”, por lo que para evitar esta situación se ha propugnado un concepto más amplio que incluya todos los perjuicios al feto, independientemente que sean punibles o no lo sean, es decir, independientemente de su gravedad y voluntariedad, que se ha denominado “maltrato fetal”³⁴⁰.

En este sentido, hay que recordar que el Código penal está presidido por el principio de intervención mínima para castigar aquellos comportamientos más graves que atenten a los derechos fundamentales, por lo que en la práctica jurídica es difícil que se puedan encontrar alguno de los supuestos señalados.

Como ya se ha indicado, la dicción del artículo 157 parece que esté pensada para el delito de lesiones al feto con causación directa dado que las enfermedades, por definición, no se causan sino que se transmiten.

La comisión del delito de lesiones al feto en su modalidad de transmisión de enfermedades exige que los padres sepan conscientemente y sin lugar a dudas que tienen la enfermedad en cuestión y quieran transmitirla voluntariamente y dolosamente al feto.

Señala la doctrina que en este caso es difícilmente imaginable el supuesto de realización dolosa de lesiones al feto con dolo directo de primer grado, siendo más

³⁴⁰ FRANCÉS, “La protección del feto maltratado”, *lug. cit.*, señala que “El problema del maltrato fetal ha sido poco abordado por la comunidad médica. La lucha contra éste requeriría una correcta aplicación del código penal en unos pocos casos, y en la gran mayoría de ellos, una serie de campañas de concienciación de las futuras madres y de la sociedad en conjunto que cambien la percepción de la gestación. Este cambio supondría dejar de ver la gestación como un proceso donde la madre adopta un papel pasivo, de mero soporte de una nueva vida y cambiarlo por un concepto activo, de cuidado y de velar por la salud de su hijo, que aunque no haya nacido, ya requiere una serie de atenciones que sólo ella le puede dar”.

habitual su realización con dolo directo de segundo grado y, sobre todo, con dolo eventual, el cual se dará cuando el autor haya previsto la posibilidad de que se produzca el resultado de lesiones al feto y cuente con dicha posibilidad³⁴¹.

La dificultad que entraña deslindar la existencia de una u otra clase de dolo ha llevado a la doctrina a señalar que esta delimitación se debe realizar de forma casuística, atendiendo a las circunstancias concretas, sobre todo, en relación a la atribución de este elemento del tipo a una mujer embarazada³⁴².

De manera que podrían ocurrir supuestos de error en la mujer embarazada acerca de su propia conducta (por ejemplo, ingerir sustancias o realizar ejercicios que no conocía la madre que podían causar lesiones o enfermedades al feto). En estos casos se estima que el error excluye el dolo³⁴³.

2.5.2. Comisión por imprudencia grave del delito de lesiones al feto por los progenitores.

La comisión imprudente del delito de lesiones al feto está contemplada en el art. 158 CP, ya transcrito.

Este precepto ha sido objeto desde su publicación de una única reforma operada por la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, en cuanto a su penología, de manera que se ha desterrado el arresto de siete a veinticuatro fines de semana y se ha

³⁴¹ Así, GRACIA MARTÍN, ESCUCHURI AISA, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, cit., pp. 40-41. Estos autores citan como ejemplo de esta posibilidad los casos de prescripción médica a la embarazada de determinados tratamientos que producen determinados efectos secundarios al feto o los supuestos de transmisión dolosa de una enfermedad transmisible al feto, como el VIH/SIDA, cuando el sujeto considera que a consecuencia de su acción la enfermedad se contagiará al feto a través de la madre. Tales casos se pueden realizar con dolo directo o dolo eventual, y, en su caso, como se verá, con imprudencia. Véase, en relación concreta a la transmisión del VIH/SIDA, MIR PUIG, S., *Problemas jurídico-penales del SIDA*, Barcelona, 1993, p. 20, y ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Responsabilidad civil derivada de transmisión del VIH/SIDA por vía sexual en el ámbito jurídico español”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 34, 2014, p. 262.

³⁴² Así, GRACIA MARTÍN, ESCUCHURI AISA, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 41.

³⁴³ GRACIA MARTÍN, ESCUCHURI AISA, *ob. cit.*, p.42.

determinado la de de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses³⁴⁴.

A) Especialidades en cuanto al sujeto activo.

Ya se ha señalado anteriormente que este precepto presenta dos especialidades en cuanto al sujeto activo del delito.

Por un lado, en el párrafo segundo se hace referencia a que los hechos descritos en el art. 157 se hayan cometido por imprudencia profesional, en cuyo caso se establece, además de la pena señalada, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

Por otro lado, y es el supuesto que interesa en el tema tratado, en el párrafo tercero se dispone que “La embarazada no será penada a tenor de este precepto”.

Lo cual supone la impunidad de la madre en la modalidad de delito de lesiones imprudentes, cuando ésta haya realizado la conducta sancionada en este precepto³⁴⁵.

Desde un punto de vista asistencial, se ha señalado que la prevención de las lesiones culposas al feto por parte de la embarazada pasaría por una profusa y adecuada información a la embarazada sobre aquellos factores que pueden afectar la salud de su bebé”; sin embargo, se advierte que en muchas ocasiones dicha información se limita a

³⁴⁴ Como se puede observar, de la simple lectura de los artículos 157 y 158 se desprende que no existe ninguna referencia a la penalidad que se debía otorgar a los citados actos si son cometidos por imprudencia leve. Esta omisión explícita llevaba a algunos autores a afirmar que los actos descritos en los artículos anteriores cometidos por imprudencia leve quedaban recogidos en el apartado del art. 621.3 CP relativo a la penología de las faltas (así, GRACIA MARTIN, L., CORDOBA RODA, J., *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Madrid: Ed Marcial Pons, 2004, p.153). La *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* suprime las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del mismo, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. Se señala en su Preámbulo que “La reducción del número de faltas -delitos leves en la nueva regulación que se introduce- viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”. Por lo que la remisión a las faltas en la transmisión de enfermedades al feto por los progenitores se queda en mero apunte histórico de la situación antecedente.

³⁴⁵ Entiende LATORRE LATORRE, *ob. cit.*, p. 203, que el fundamento de excluir a la madre de este delito se encuentra en que no se puede reglamentar la vida de la madre durante el embarazo hasta el punto de penalizar cualquier descuido o negligencia de la misma; no se le puede exigir especiales deberes de cuidado.

la que se da a las mujeres embarazadas en los folletos que se les ofrecen en las consultas, que no resulta suficiente y adecuada para evitar determinados daños al feto³⁴⁶.

Ello excluye a la madre como sujeto activo en esta modalidad del delito de lesiones al feto, aunque no toda la doctrina está de acuerdo con esta exclusión³⁴⁷.

En esta modalidad de daños al feto también caben, como en el art. 157 por remisión a éste del art. 158, tanto las lesiones ocasionadas al feto por la conducta activa u omisiva del padre como la transmisión de enfermedades.

Por tanto el único sujeto activo que nos afecta en el tema que tratamos es el padre.

Aunque el precepto se refiere también otros sujetos, que pueden ser profesionales sanitarios, tales como médicos, matronas, enfermeros, etc., o también terceros que ejerzan otras profesiones en virtud de las cuales se puedan ocasionar daños al feto, como, por ejemplo, empresarios o encargados de trabajo que sometan a las mujeres embarazadas a trabajos de cierta peligrosidad para la integridad física y la salud del feto³⁴⁸.

³⁴⁶ Pone de relieve esta situación, FRANCÉS, F., “La protección del feto maltratado”, *cit.*, p. 3.

³⁴⁷ Así, GRACÍA MARTÍN, ESCUCHURI AISA, *Los delitos de lesiones al feto*, *cit.*, pp. 75-76, quienes entienden que si la madre infringe de una manera “grosera y burda” el deber de cuidado que sea determinante de lesiones graves al feto, dicha conducta es antijurídica y culpable, de modo que la cláusula de exención tiene la naturaleza de un causa personal de exclusión de la pena, fundada en la inconveniencia político criminal de castigarla.

³⁴⁸ En este sentido, GRACÍA MARTÍN, ESCUCHURI AISA, *ob. cit.*, p. 77, que tienen dudas respecto a la imputación de estos profesionales. El TC ha tenido ocasión de pronunciarse en un caso de peligro para la salud de la mujer embarazada y posibles lesiones a su embarazo y al feto por tercero en virtud de su profesión en la STC 62/2007, de 27 marzo (RTC\2007\62), en la que se contemplaba el caso de una funcionaria veterinaria que trabajaba para el Servicio Andaluz de Salud que recibió instrucciones para que asumiera las funciones de seguimiento, control e inspección veterinaria de un matadero; poco tiempo después de su incorporación a dicho destino obtuvo la baja por incapacidad temporal, sin que en el parte médico correspondiente se hiciera constar su causa; al poco, interpuso una reclamación ante dicho Servicio manifestando su disconformidad por la reasignación de funciones realizada, entre otras cosas, porque se encontraba en avanzado estado de gestación (seis meses) y existía “un evidente riesgo potencial de contagio de enfermedades” que, en su estado, podían resultar “fatales”, solicitando la restitución a su situación anterior. Ante el silencio de la Administración, interpuso posteriormente recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, señalando, entre otras cosas, que solicitaba la restitución a su antiguo puesto dado que en el lugar que le habían designado “se encontraban animales portadores de enfermedades peligrosas para una gestante, como la tuberculosis o la brucelosis, a lo que debía añadirse el hecho de que las nuevas funciones conllevaban un esfuerzo físico en absoluto aconsejable para una mujer en su estado”, que en sentencia 7 de febrero de 2001 estimó el recurso interpuesto. El Servicio Andaluz de Salud interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia ante la Sección Primera de la Sala de lo

Nuestra jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre un caso de transmisión de enfermedad de padre a hijo en la STS 6 junio 2011 (RJ 2011\4542), en donde se contempló el caso de padre infectado por el virus del VIH, que manteniendo relaciones con su mujer, transmitió a ésta dicho virus, y a la hija de ambos³⁴⁹.

El supuesto de hecho de dicho caso fue el siguiente. El acusado, infectado por el VIH, habiendo incluso desarrollado la enfermedad del Sida, y habiendo sido a su vez informado de los riesgos y métodos de transmisión a terceros de dicha enfermedad, había mantenido relaciones sexuales con su pareja, una mujer que contaba 19 años, desde 1996, siendo pleno conocedor, al menos desde 1994, de dicho padecimiento, sin comunicarle su enfermedad, pero usando preservativo como medio de protección en sus relaciones. A pesar de ello, en alguna ocasión el preservativo se rompió, quedando la mujer embarazada, dando a luz en 1997 a la hija de ambos, quien poco después cayó gravemente enferma, descubriéndose entonces que la hija estaba infectada por el virus en estadio C3. La menor fue contagiada por su madre durante el parto (transmisión vertical). En el ingreso hospitalario se diagnosticó a la menor la infección por VIH, asociada a neumonía por *Pneumocytis carinii* que precisó ingreso en UVI. La menor

Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla) que dictó sentencia el 3 de diciembre de 2001 estimatoria del recurso de apelación y desestimatoria del recurso Contencioso-Administrativo que había promovido la demandante. Ante ello, la demandante interpuso recurso de amparo en el que denunciaba la vulneración del derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) de la recurrente y del hijo que esperaba, así como del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El TC concluye “que no se tuvo en consideración el derecho fundamental de la recurrente a su integridad física, de especial intensidad durante el embarazo, habiéndose incumplido las obligaciones que concreta la regulación tuitiva aplicable (Ley de Prevención de Riesgos Laborales), de las que se hizo mención, como expresión que son en el ámbito de la prestación de trabajo de la protección constitucional que impone la consagración de los derechos fundamentales recogidos en el art. 15 CE. En efecto, a la vista de esos derechos y obligaciones y de las conclusiones alcanzadas sobre el riesgo por el juzgador con las garantías derivadas de la intermediación (destacando el peligro de sobreesfuerzo y el riesgo de transmisión vertical de antropozoonosis), el mantenimiento del acto de fecha 2 de agosto de 2000 pese a existir un peligro cierto para la integridad física de la trabajadora embarazada representa una vulneración directa del art. 15 CE.- Por lo demás, aunque no conste que se actualizara como consecuencia del acto administrativo ningún tipo de lesión física o de cualquier otra índole, debe declararse vulnerado el derecho de la recurrente, sin que pueda oponerse a la protección que dispensa el art. 15 CE una inconcebible exigencia de previa exposición efectiva al riesgo, como se derivaría de la argumentación de la Administración (que afirma no haber tomado medidas a la espera de la reincorporación de la trabajadora tras su baja laboral). Ese planteamiento equivaldría a hacer depender la efectividad de la tutela constitucional de la previa puesta en peligro de los factores protegidos, o de la consumación de su lesión, lo que sería tanto como aceptar la negación de la tutela que la Constitución garantiza en el art. 15 CE” (FJ 6).

³⁴⁹ Véase ALVENTOSA DEL RÍO, “Responsabilidad civil derivada de transmisión del VIH/SIDA por vía sexual en el ámbito jurídico español”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, cit., p. 262.

siguió desde entonces tratamiento en el Hospital, gracias al cual mejoró, sin presentar descompensaciones posteriores, encontrándose pasando al estadio A-1 de la infección.

A raíz de tal circunstancia se realizó un estudio médico familiar, del que resultó que la madre fue diagnosticada también de infección por VIH el 17 de septiembre de 1997, estando desde entonces en tratamiento y control en el mismo Hospital que su hija. Gracias al tratamiento la mujer mejoró, no existiendo tampoco constancia de la descompensación de la infección por VIH.

Desde el nacimiento de la menor ambos progenitores siguieron su relación de pareja y el 3 de julio de 1999 contrajeron matrimonio. Estando el padre en la cárcel la esposa le visitó tanto en visitas ordinarias como íntimas. Pero, con posterioridad, se solicitó el divorcio que se obtuvo el 27 de noviembre de 2003, y el 5 de enero de 2004 el acusado obtuvo reconocimiento de la paternidad sobre la menor, reclamando el correspondiente régimen de visitas.

El 17 de marzo de 2006 la mujer presentó querrela contra su pareja por delito de lesiones. En sus conclusiones definitivas, la acusación particular calificó los hechos como constitutivos de dos delitos de lesiones del art. 149.1 CP, del que consideraba responsable en concepto de autor al procesado, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del CP, solicitando se le impusiera al acusado por cada delito la pena de doce años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y costas procesales, y conforme al art. 46.1 CP, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de doce años e indemnización a la esposa en la cantidad de 150.00 euros y a la hija en la cantidad de 180.000 euros³⁵⁰.

³⁵⁰ Hay que recordar que el art. 149.1 CP es una figura agravada del delito de lesiones. El art. 147.1 CP dispone: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones, con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”. Y el art. 149.1 establece: “El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años”.

Instruido el sumario, fue elevado a la Audiencia Provincial de Madrid que, con fecha 17 de Junio de 2010, dictó sentencia absolviendo al demandado de dicho delito.

Interpuesto recurso de casación, en la STS 6 junio 2011, el Tribunal Supremo examinó varias cuestiones.

La primera de ellas fue la relativa a la existencia de dolo o imprudencia en la conducta del acusado. El TS consideró que en este caso, al utilizar los medios de protección por parte del acusado, la conducta del mismo excluye la existencia de dolo directo y dolo eventual pues “cualquiera que fuere el criterio doctrinal que al respecto asumamos, lo cierto es que queda excluida tanto la hipótesis de una representación próxima de la causación del resultado directamente no querido, como la de la aceptación del mismo como consecuencia de la acción llevada a cabo, al igual que podría decirse respecto de la asunción de las consecuencias del riesgo generado” (FJ 1).

Sin embargo, estimó que la conducta del acusado debía ser calificada de imprudente, considerándola, además, como grave, incluyéndola en las previsiones del art. 152.1, 2º CP, “por la importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del Sida), respecto de la conducta descrita en el relato de hechos probados de la recurrida, pues, aún con la utilización del preservativo, tal resultado, vinculado causalmente con los actos realizados por Gerardo, era no sólo evitable sino sin duda también previsible”³⁵¹. Teniendo que en cuenta que en varias ocasiones se rompió el preservativo utilizado en las relaciones sexuales mantenidas por la pareja, el TS consideró que existió “un comportamiento descuidado, en el sentido de no poner la diligencia necesaria para evitar esas roturas o, en todo caso, susceptible de generar un riesgo real y efectivo, cualquiera que fuere el origen o causa del mismo, que se concretó en los lesivos resultados (constitutivos de “grave enfermedad somática”, art. 149.1º CP) en las personas, primero de la pareja y luego de la hija de ambos, resultados que reúnen, a su vez, los requisitos de previsibilidad y evitabilidad necesarios para completar la configuración del supuesto culposo sancionado en el precepto penal de referencia”. Añadiendo que todo ello “junto con la

³⁵¹ El art. 152.1, 2º CP dispone: “1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido: 2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149”.

evidente relación de causalidad entre dichos actos negligentes y los resultados, relación directa en el caso del contagio de la mujer e indirecta, a través del embarazo y con motivo del parto ("*transmisión vertical*"), pero en todo caso también causalmente vinculado con aquel, para la niña" (FJ 1)³⁵².

Y un punto fundamental en esta sentencia resulta la calificación que realiza el TS en relación a la existencia de concurso de delitos. El TS rechaza que exista concurso real, pues al producirse el contagio a la niña a través del sufrido primeramente por la madre, que se encontraba embarazada de ella, "resulta evidente que nos hallamos ante una sola y exclusiva acción productora de sendos resultados", de modo que lo que existe son dos diferentes imprudencias del art. 152.1, 2º CP en concurso ideal.

Como regla para la determinación de la pena, o penas, a imponer, al tratarse del referido concurso, el mencionado artículo 77, en sus apartados 2 y 3, dispone que tales ilícitos se castigarán con la pena prevista para el más grave de ellos en su mitad superior, salvo que resultase más favorable para el reo su punición por separado. En este supuesto, por tanto, "siendo ambas infracciones semejantes y, por consiguiente, las penas legalmente previstas para ellas también iguales y consistentes en la prisión de uno a tres años, la mitad superior se extendería de dos años y un día a tres años, en tanto que resultaría posible su sanción separada, a razón de un año de privación de libertad por cada uno de los ilícitos cometidos, penas estas últimas que esta Sala considera adecuadas y proporcionales a la gravedad de los hechos cometidos por Gerardo, dentro de los criterios legalmente previstos para su individualización. Resultando, así mismo, irrelevante a estos efectos la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP) también alegada por la Acusación Particular, toda vez que el artículo 66.2 del Código Penal dispone que "En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior" y referidas a los diferentes supuestos de presencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal" (FJ 2).

³⁵² En nuestra jurisprudencia, examinando las sentencias relativas a la transmisión del VIH/SIDA por vía sexual, y en la doctrina científica también, se ha calificado dicha transmisión como un delito de lesiones dolosas o imprudentes, según el caso. Véase ALVENTOSA DEL RÍO, *ob. cit.*, pp. 253-256, que observa que la transmisión del VIH por vía sexual reúne los requisitos exigidos por los arts. 149.1 en relación con el art. 147.1 CP para ser considerada como un delito de lesiones agravado.

El TS condenó al acusado como autor de sendos delitos de lesiones por imprudencia, en concurso ideal, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 77.1 y 152.1, 2º, en relación con el 149.1 CP, a razón de un año de privación de libertad por cada uno de los ilícitos cometidos.

Además, en base al art. 116 CP, y como la acusación particular interesaba para ella y en nombre de su hija menor la reparación económica de los perjuicios sufridos por ambas, el TS, teniendo en cuenta que sólo se estaba resarciendo el daño moral padecido por las víctimas, toda vez que, según el relato de hechos probados se afirmaba que la enfermedad de ambas se encontraba plenamente "*compensada*", consideró razonable otorgar, en este concepto, los importes respectivos de 30.000 €, en el caso de la hija, y 20.000 € para la madre (en lugar de las cantidades de 180.000 y 150.000 € solicitadas) (FJ 3, de la Segunda Sentencia).

Como se observa, en este caso no se considerado que hay una transmisión de enfermedad al feto, independiente del delito de lesiones por imprudencia causado a la madre, sino que dicha transmisión la subsume en el delito de lesiones por imprudencia grave ocasionado a la madre.

Ahora bien, esto es así porque el TS señala que la enfermedad (VIH/SIDA) se ha transmitido a la hija de modo indirecto, es decir, la enfermedad la transmitió el padre a la madre, y la madre la transmitió a la hija en el parto (transmisión vertical), según consta en los informes periciales.

Sin embargo, cabría plantearse cual hubiera sido la calificación del delito si la enfermedad, como suele suceder en los casos de parejas serodiscordantes, fue transmitida por el padre a la hija en el momento de la concepción por razón del semen infectado por el VIH. En este caso, consideramos que existe una transmisión directa de la enfermedad del padre a la hija y cabría plantearse si es de aplicación el art. 158 CP, de modo que concurrieran en el caso los dos delitos, el delito de lesiones cualificadas del art. 149.1 CP por transmisión de la enfermedad a la madre (VIH) y el delito de lesiones imprudentes al feto del art. 158 CP por transmisión de la enfermedad a la hija (VIH). Entendemos que en este caso sería posible tal concurrencia. Sin embargo, no existe jurisprudencia que avale esta aseveración de momento.

B) La importancia de la calificación de la gravedad en el delito de lesiones al feto por imprudencia.

En el supuesto regulado en el art. 158 cobra relevancia el calificativo de “grave” que acompaña al término imprudencia³⁵³.

Pues hay que tener en cuenta que estamos en el ámbito del Derecho penal, y en este ámbito, además del resarcimiento civil de las lesiones, se imponen penas de privación de libertad para el autor del delito, que en el supuesto que tratamos es el padre. Ello hay que relacionarlo con que se trata de relaciones que se producen en el ámbito del Derecho de familia, donde, si la relación familiar no está desestructurada, la denuncia penal de un progenitor respecto a otro puede resultar, pese a cumplir los requisitos de antijuricidad y del tipo penal, muy gravosa en cuanto a las repercusiones familiares de dicha situación, y estando en la modalidad de imprudencia, que no de dolo, los supuestos que se podrían dar resultan todavía mas onerosos dado que ya no existe el elemento volitivo que conecta la acción con el resultado dañoso.

La transmisión de una enfermedad por imprudencia al feto vendría caracterizada por la conciencia de que se tiene la enfermedad y de no tomar las medidas de precaución necesarias para evitar la transmisión de la misma al feto y a la madre³⁵⁴.

De otro lado, cabe señalar que el delito de lesiones al feto por imprudencia leve no está penado; de ahí, la importancia que se deriva de las consecuencias dañinas para definir el grado de imprudencia.

³⁵³ Supuestos ejemplificativos de este supuesto serían el de un accidente de tráfico en el que el vehículo es conducido por el padre acompañado de la madre embarazada como copiloto, y que sufren un accidente, sin terceros involucrados, a causa del cual la mujer embarazada y el feto sufren lesiones, o proporcionar a la embarazada medicamentos que pueden afectar al desarrollo del feto que causan como resultado la enfermedad en el feto.

³⁵⁴ Ejemplo de ello sería el caso contemplado en la citada sentencia del TS de 6 de junio de 2011: mantener relaciones sexuales sabiendo que se tiene alguna enfermedad de transmisión sexual, y aunque se utilicen medidas de protección, que supone actuar en principio con cierta diligencia, el resultado es la transmisión de dicha enfermedad a la madre y al feto, sin conocimiento de la madre del padecimiento de la misma.

Como se ha indicado anteriormente, para la comisión del delito de lesiones al feto contemplado en el art. 158 CP se requiere imprudencia grave. Esta cuestión se encuentra más desarrollada jurisprudencial y doctrinalmente en relación a los supuestos de imprudencia médica. Tal precepto, ya se ha indicado, se puede aplicar a la comisión del delito por el progenitor, pues, según el citado precepto, la madre está exenta de castigo penal por la realización de conductas imprudentes graves³⁵⁵.

En la doctrina se entiende que actúa imprudentemente el que infringe un deber de cuidado que le incumbe personalmente y puede preveer su resultado dañino, y, como consecuencia de ello, se realiza un hecho típicamente antijurídico con resultado lesivo.

Según la intensidad de la infracción del deber llevada a cabo por el autor, la imprudencia resultara leve o grave.

De ellas, la imprudencia grave es la que exige el delito imprudente de lesiones al feto. Dicha imprudencia consiste en la omisión de la diligencia más elemental, por lo que se viene a hacer referencia a las hipótesis de culpa lata debiendo existir un nexo claro entre el deber de cuidado y el resultado lesivo³⁵⁶.

En el Código penal actual únicamente los delitos que expresamente recojan la previsión específica de la imprudencia pueden ser castigados, siendo *numerus clausus*, según se señala en el art. 12 CP, que establece que “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”. Entre estos delitos, y por lo que interesa al tema de que se trata, se incluyen el delito de homicidio (art. 142), el delito de aborto (art. 146), el delito de lesiones graves (art. 152) y el delito de lesiones al feto (art. 158)³⁵⁷.

³⁵⁵ Véase DICKENS, B. M., COOK, R. J., “Los criterios ético y jurídicos del Feto como Paciente”, *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2003 (83), 85-91.

³⁵⁶ ÁLVAREZ PEÑA, O., “Consideraciones sobre la imprudencia profesional (médica)”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2, Jurisdicción Penal, 2014.

³⁵⁷ Anteriormente no existía la delimitación de los *numerus clausus* en cuanto a los delitos que se podían cometer con imprudencia, y, como recoge el profesor De Vicente Remesal: “a pesar de éstos y otros posibles argumentos se ha destacado, sin embargo, sobre todo por la doctrina, que el sistema de incriminación abierta no era el más acertado ni el más justo porque infringía gravemente los principios penales fundamentales. El principio de legalidad, en sus exigencias concretas de taxatividad y ley estricta, resultaba conculcado porque en la imprudencia no se recogía expresamente ni el hecho mismo ni la

La postura de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la diferencia entre imprudencia grave y leve se concreta en que para delimitar ambas calificaciones ha de atenderse al grado de previsión (“poder saber”) y al grado de infracción del deber cuidado (“deber evitar”), por lo que, para poder evaluar dicha imprudencia, resulta necesario conocer las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Aunque señala dicho Tribunal que para que pueda calificarse de grave es necesario que la previsibilidad del evento sea notoria y esté acompañada de una omisión de las más elementales precauciones³⁵⁸.

Algunos autores, como Urruela Mora y Romero Malanda, comparten los pronunciamientos jurisprudenciales para la apreciación de un comportamiento imprudente, con referencia especialmente al profesional sanitario³⁵⁹.

Se podría plantear si se puede extrapolar al padre en los supuestos de delito imprudente de lesiones al feto la exigencia de los requisitos que se exigen para calificar la imprudencia grave: a) una acción u omisión voluntaria no maliciosa; b) una infracción del deber de cuidado; c) creación de un riesgo previsible y evitable, y d) un resultado dañoso, en adecuada relación de causalidad, derivado de aquella descuidada conducta³⁶⁰.

consecuencia jurídica. La determinación concreta del hecho imprudente queda a la expensas de un cierto arbitrio judicial o, cuanto menos, de la interpretación judicial. Bien es verdad que en el sistema actual ha cambiado de manos dicho arbitrio o interpretación (ha pasado del juez al legislador) y en esa medida pueden formularse las críticas; pero de todas las formas desaparece la incertidumbre y, por tanto, resulta garantizada la seguridad jurídica, aunque se considera insatisfactoria en virtud de los supuestos concretamente incluidos y excluidos”. Véase DE VICENTE REMESAL, J., “La regulación de la imprudencia en el Código penal”, *Revista Xuridica Galega*, núm. 23, 1999, pp. 17-18.

³⁵⁸ La línea jurisprudencia del TS al respecto de la diferenciación entre imprudencia grave y leve (más amplia con respecto a temas médicos) viene consagrada por las STS de 29 de octubre de 1994 y reiterada por la STS de 3 de octubre de 1997, y la STS de 25 de mayo de 1999. Apuntan dichas sentencia que para delimitar la imprudencia leve de la grave, ha de atenderse al grado de previsión “poder saber” y al grado de infracción del deber de cuidado “deber evitar”. Es necesario, pues, para poder evaluar conocer las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Para que la imprudencia pueda calificarse de grave es necesario “que la previsibilidad del evento sea notoria y este acompañada de una omisión de las mas elementales precauciones (STS de 3 octubre de 1997), o, en palabras del STS de 25 de mayo de 1999, la imprudencia grave es “la que supone el olvido u omisión de las precauciones, cuidados y atención mas elementales”.

³⁵⁹ URRUELA MORA, A., ROMERO MALANDA, S., “Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica”, *Revista de Derecho penal*, 2011 (34), p. 41.

³⁶⁰ Además, en el caso que analizamos, la imprudencia debe contener el calificativo, como se ha señalado, de grave.

De lo antedicho se deriva que en el ámbito penal, no toda actuación culposa de la que se derive un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última *ratio*, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos más graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los arts. 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá que acudir quien pretende exigir responsabilidad por una culpa de tal entidad³⁶¹.

C) Comisión del delito de lesiones al feto en su versión imprudente.

a) Comisión por acción.

En este supuesto del art. 158, quiebra la tipicidad del delito si la conducta desarrollada no permite saber o prever, por el estado de la ciencia, que la acción causante de las lesiones pudiera desencadenar las mismas.

El caso más conocido ha sido el relativo al medicamento denominado talidomida, y que ha dado lugar a una reciente sentencia del Tribunal Supremo³⁶². La talidomida era un fármaco que fue desarrollado por la compañía farmacéutica alemana Grünenthal GmbH, y comercializado entre los años 1958 y 1963 como sedante y calmante de las náuseas durante los tres primeros meses de embarazo (hiperémesis gravídica). Como sedante tuvo gran éxito ya que, en un principio, se creyó que no causaba casi ningún efecto secundario y, en caso de ingestión masiva, no resultaba letal. La ingesta de este medicamento por las mujeres embarazadas provocó miles de nacimientos de niños afectados de *focomelia*, anomalía congénita que se caracteriza por la carencia o excesiva cortedad de las extremidades. La talidomida afectaba a los fetos de dos maneras: bien a través de la madre, cuando tomaba el medicamento directamente como sedante o calmante de náuseas, o bien a través del padre, ya que la talidomida afectaba al espermatozoide transmitiendo los efectos nocivos desde el momento de la

³⁶¹ URRUELA MORA, ROMERO MALANDA, *lug. ultm. cit.*

³⁶² La STS, Sala de lo civil, 20 de octubre de 2015 (Sentencia 544/2015, Núm. Recurso 3140/2014, Pte: José Antonio Seijas Quintana) (Id. Cendoj: 28079119912015100036), rechazó el recurso de la Asociación de Víctimas porque se está ante una responsabilidad por culpa para la que nuestro derecho fija el breve plazo de un año para el ejercicio de la acción, que considera prescrito, aunque se asume los efectos del consumo del fármaco.

concepción. Una vez comprobados los efectos teratogénicos nocivos del medicamento (que provocaban malformaciones congénitas), descubiertos inicialmente por los Doctores Widukind Lenz y Claus Knapp, éste fue retirado en los países en donde se había comercializado, lo que en España se realizó en 1963.

La ingesta por parte de la madre de este medicamento, que ha causado graves lesiones al feto, habitualmente recetados por los propios médicos, y del cual se desconocía la toxicidad en aquellos momentos, no puede considerarse delito de lesiones al feto, aunque la ingesta del mismo sea la causa directa del hecho dañoso en el feto, ya que el estado de la ciencia en ese momento no permitía inferir dicha toxicidad, por lo que la conducta deja de ser típica.

Además, hay que recordar que la madre, según el art. 158 CP, está excluida de la aplicación del mismo.

La cuestión, en el ejemplo citado, se podría haber plateado también respecto a los padres a través de los cuales se hubieren ocasionado daños al feto. Pero, también respecto a este sujeto cabe aplicar las mismas afirmaciones. Éstos no hubieran podido ser sujetos del delito de lesiones al feto en tanto en cuanto desconocían los efectos adversos que su ingesta podía producir en el mismo, dado el conocimiento de la ciencia al respecto.

b) Comisión por omisión del delito.

En cuanto a la comisión por omisión del delito en su modalidad imprudente, hay que remitirse a lo que ya se ha señalado para el padre en la comisión dolosa pero sin que ese dolo haya quedado demostrado.

2.5.3. El conocimiento por los progenitores del padecimiento de la enfermedad.

Para la aplicación de los arts. 157 y 158 CP es necesario distinguir si los padres se reconocen portadores o no de la enfermedad transmitida al feto.

Si los padres desconocen el padecimiento de su propia enfermedad no puede existir conducta negligente, no pudiéndose imputar a los padres la negligencia si su desconocimiento se sustenta en que no se han sometido a exámenes médicos mientras no existiera evidencia alguna al respecto de la enfermedad.

Por el contrario, si los padres son conocedores de la enfermedad cabría diferenciar si dicha transmisión se produce en el momento de la concepción o en un momento posterior. Y ello porque de nuevo el tenor literal de los arts. 157 y 158 CP habla de “feto”.

Si la enfermedad se transmite en el momento de la concepción se han esgrimido diferentes argumentos para negar la aplicación del delito de lesiones al feto.

Algunos autores señalan que si la transmisión de la enfermedad se produce al feto porque forma parte del material genético del óvulo o del espermatozoide, debido a la dicción literal de tales preceptos no nos encontraríamos en el tipo penal definido en los citados artículos, añadiendo, además, que no existe ninguna norma específica que prohíba la reproducción entre personas afectadas de discapacidades adquiridas por factores genéticos o biomédicos³⁶³.

Otro sector de la doctrina apunta al nacimiento de obligaciones de cuidados naturales y compensaciones económicas encuadradas en el concierto de seguros adicionales para el cuidado de su descendencia, pero estiman que no constituye un delito de lesiones³⁶⁴.

De otra parte, hay autores que recuerdan que el Derecho penal se basa en la mínima interferencia en la vida de las personas, debiendo ser el último recurso para solucionar conflictos entre ellas, lo que ha sido subrayado por la jurisprudencia, especialmente en el ámbito de la familia y, sobre todo, en la esfera de la reproducción

³⁶³ OLIVAS COLLADO, V., *Acompañamiento de personas con discapacidad en actividades programadas*, IC Editorial, 2014, p. 33.

³⁶⁴ Así, MARTIN GRANIZO MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M., GÓMEZ DE LIAÑO Y COBALEDA, M., *La incapacitación y figuras afines*, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 1987.

humana, puesto que “la opción de concebir o no un hijo es una decisión personalísima en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano”, de lo que se deriva que “no se pueda exigir por un hecho permitido el nacimiento ni de una acción de responsabilidad civil ni de una acción de responsabilidad penal”³⁶⁵.

En este sentido, cabría plantearse la aplicación de ese principio de mínima intervención penal, que es mantenido por la jurisprudencia, y que supone la no sanción penal cuando existen otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico³⁶⁶, a los supuestos de transmisión por los progenitores de enfermedades al feto.

³⁶⁵ Así, DE VERDA BEAMONTE, J.R, “Libertad de procreación y libertad de investigación. (Algunas reflexiones de las recientes leyes francesa e italiana sobre procreación asistida)”, *La Ley*, nº 6161, 4 enero de 2005.

³⁶⁶ En este sentido se pronuncia la STS, Sala Penal, de 21 de junio de 2006 que señala: “Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente a su definición dentro del orden jurisdiccional la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside. El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98 , que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal: a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son mas importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes. b) Al ser un derecho subsidiario que como ultima ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal. Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como ultima "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos –los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado "principio". Como comparte la posterior SAP de Barcelona, Sec. 7ª, de 28 de mayo de 2007, (nº 487/2007, Núm. Rec. 89/2007, Pte: Enrique Rovira del Canto), “el principio de mínima intervención

Por ultimo, cabe que los padres sean conocedores de la enfermedad y la transmitan negligentemente a sus hijos durante la gestación. Supuesto de hecho que contempla el art. 157 CP, y también el art. 158, al referirse al que causare en un feto enfermedad o tara física o psíquica. En este caso la transmisión de la enfermedad se asimila a la causación ya que no nos encontramos en el momento de la concepción, si no en el de la gestación, y esta transmisión se realiza con dolo, es decir, con un elemento volitivo, o por imprudencia grave, dado que conocedores tanto de la enfermedad como de la situación de embarazo no han tomado la precauciones para la evitación del daño.

Por el contrario, si la transmisión de la enfermedad se realiza una vez iniciado el parto, este supuesto se incluiría en el art. 149 CP y no en el art. 157 CP, pues tal transmisión se realiza entre sujetos ya nacidos³⁶⁷.

2.6. Relación de causalidad en las manifestaciones tardías de enfermedades transmitidas al feto.

del Derecho Penal no viene dirigido únicamente al Legislador y el Juzgador no puede limitarse a aplicar la norma penal, pues tal afirmación obvia lo dispuesto en los artículos 5, 12.2 y concordantes LOPJ que atribuye a los órganos judiciales la competencia para interpretar, y no sólo para aplicar, las leyes y reglamentos, y que en esa función interpretativa, tratándose de normas penales en blanco, abarcan asimismo las normas extrapenales que complementan o desarrollan los elementos del tipo del injusto. Ciertamente que como sostiene la jurisprudencia (sentencia de fecha 08.02.05 de la Sección Quinta de esta misma Audiencia Provincial y STS de 21.06.06, citadas por el apelante) tal principio va dirigido directa y principalmente al legislador, mas no de forma excluyente, y como sostiene asimismo de forma reiterada nuestro más Alto Tribunal (así STS de 10.10.98 y 21.06.06 citados por el propios apelante entre otras muchas) ello supone la no sanción penal cuando existen otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. Y en tales términos esta Sala viene sosteniendo que corresponde consecuentemente a los Tribunales de la jurisdicción penal, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.2 y 10 LOPJ, el verificar los juicios de valor precisos en la aplicación de la norma penal para subsumir una determinada conducta en el tipo del injusto penal, sobre todo cuando se trata de elementos normativos y abstractos del tipo como en el presente caso el artículo 270.1 C, y efectuar el correspondiente juicio de valor, con aplicación de los principios inspiradores del Derecho Penal, entre ellos los de mínima intervención, última ratio, subsidiariedad, o de insignificancia, en cuanto que determinadas acciones se encuentren comprendidas tanto como ilícitos penales como civiles o administrativos, cuales el presente supuesto siendo por el contrario erróneo que sólo las conductas onerosas de distribución, sin ánimo de lucro ni perjuicio de tercero se encuentren comprendidos en el ámbito civil, pues éste último elemento subjetivo puede seguir existiendo. Hay que reiterar que es precisamente en estos términos de interpretación de los elementos normativos del tipo cuando se puede determinar la existencia del denominado plus de antijuricidad que implica el sobrepasar el mero ámbito del ilícito civil para entrar en el ámbito de la tipicidad antijurídica penal. Ciertamente que si un órgano judicial penal considera que una conducta típicamente antijurídica y culpable prevista en la norma penal no debiera ser constitutiva de ilícito penal o sancionable debiera proceder conforme se le faculta en el artículo 4.3 CP; mas no es este el presente supuesto, en el que se trata meramente del alcance interpretativo de un elemento objetivo del tipo, concretamente la acción desarrollada por el sujeto activo, como para constituirse con la sustantividad suficiente como para poder configurar el ilícito penal y exceder, se reitera, del ámbito de la mera infracción civil” (FJ 4).

³⁶⁷ ATIENZA NAVARRO, *ob. cit.*, p. 106.

Se plantea la cuestión de si en este delito específico de lesiones al feto por transmisión de enfermedades cabe incluir aquellas transmisiones de enfermedades con resultados diferidos de manifestación tardía o a largo plazo³⁶⁸.

El problema en este caso radica en la relación de causalidad, y la doctrina se ha preguntado si ese resultado diferido puede ser imputado al autor inicial y responder penalmente del mismo.

Algunos autores consideran que en los casos de producción diferida del resultado ya es menor el desvalor de la acción, pues su peligrosidad es menor, por lo que se propone una atenuación de la pena del delito consumado³⁶⁹.

También se plantea la doctrina la cuestión de que haya prescrito el delito cuando hubiesen aparecido los daños. Y, por otra parte, el supuesto de que el autor del delito hubiese sido condenado por tentativa de lesiones al feto en el momento en que se produce efectivamente el resultado. Estima la doctrina que en estos casos al autor se le debe condenar por lesiones en grado de consumación, pero atenuando la pena, en base a la menor gravedad de lo injusto que determina el hecho del transcurso del tiempo (art. 21.6ª CP)³⁷⁰.

2.7. Concurso de delitos.

Parece evidente que, por la especialidad del delito de lesiones al feto y puesto que éste se encuentra alojado durante la comisión del delito dentro del cuerpo de la madre, en muchas ocasiones se produzcan lesiones también a su progenitora.

³⁶⁸ Trata la materia en relación a la responsabilidad de los profesionales sanitarios, ROMERO CASABONA, C. M., “Evolución del tratamiento jurídico penal de la imprudencia del personal médico sanitario”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 13, 2007, pp. 241 y ss.

³⁶⁹ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado”, *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 683 ss.

³⁷⁰ Solución proporcionada por GRACÍA MARTÍN, ESCUCHURI AISA, *Los delitos de lesiones al feto*, cit., pp. 54-55.

Cuando se causan lesiones al feto y a la mujer embarazada, se da una acción única que determina la aplicación del concurso ideal establecido en el art. 77 CP³⁷¹.

También el delito de manipulación genética del art. 159 CP puede entrar en concurso ideal con el delito de lesiones al feto, cuando éstas sean el resultado de aquellas o cuando aquélla sea el medio empleado para llegar a éstas, aunque esta situación se produce en el ámbito de la procreación en la reproducción humana asistida.

En cuanto al concurso normativo, el dolo del delito de aborto absorbería el dolo de lesionar al feto conforme a la norma 3ª del art. 8 del CP.

La doctrina se ha planteado el posible concurso entre el delito de lesiones al feto del art. 157 y el delito de lesiones del art. 147, y el delito de lesiones al feto y los delitos de aborto o de homicidio.

La dificultad para establecer dichos concursos radica en que es posible que la acción se desarrolle sobre un ser con vida dependiente, mientras que el resultado se produce en el momento en que ya es persona nacida y con vida independiente.

Según la doctrina pueden existir tres posibilidades: 1ª. El autor realiza una acción dolosa de lesiones al feto y el resultado se produce cuando la criatura ya ha nacido; en este caso parece que estaremos ante un delito de lesiones al feto consumado. 2ª. El autor quiere producir sólo lesiones al feto, pero causa un aborto; en este supuesto parece que se está ante un delito de lesiones al feto dolosas en grado de tentativa y aborto por imprudencia consumado o doloso consumado. 3ª. El autor quiere producir un aborto y no lo logra pero el feto sufre lesiones; en este caso, el problema radica en saber si el dolo de matar incluye el de lesionar; si el dolo de matar incluyera el de lesionar, para unos autores se estaría ante un concurso de leyes penales optando por el criterio de la más gravemente penada, mientras para otros se trataría de un concurso ideal entre aborto en grado de tentativa y lesiones al feto dolosas o imprudentes³⁷².

³⁷¹ En este sentido se pronunció la citada STS 6 junio 2011 (RJ 2011\4542), en el caso de transmisión del VIH/SIDA por el hombre a su pareja y a la hija de ambos, apreciando delito de lesiones imprudentes porque había utilizado medidas de protección para impedir la transmisión, aún cuando se produjo la misma por descuidos del transmitente.

³⁷² Entre otros, GRACIA MARTÍN, ESSCUCHURI AISA, *ob. cit.*, pp. 58-60; SUANZES PÉREZ, *ob. cit.*, p. 508.

El dolo de matar es cierto que incluye un dolo de lesionar pero éste no es un fin es si mismo sino un dolo transitorio para la consecución del fin que es matar, fin que efectivamente no se puede llevar a cabo sin atacar la integridad física de forma temporal. Pero el dolo de matar no incluye un dolo de lesionar con vocación duradera. Si el dolo de matar incluyera el de lesionar nos encontraríamos en un concurso de normas y en un aborto en grado de tentativa que resultaría menos gravoso en cuanto a punibilidad de los que resulta el delito de lesiones al feto, por este motivo autores, como Suanzes, entienden que el dolo de lesionar es *un aliud* con respecto al de matar, como referencia a la relación entre homicidio en grado de tentativa y lesiones consumadas³⁷³.

Pero cuando nos encontramos en el ámbito del art. 158, las consecuencias son inversas, la pena de lesiones al feto es superior a la del aborto culposo (con consentimiento de la mujer). En el primer caso se está protegiendo la vida del feto dependiente o prenatal (no existe conflicto de intereses, no hay ningún interés de la mujer en que se lesione al feto), y en el segundo caso entra en conflicto de intereses dicha protección con los derechos de la mujer, que han inclinado la balanza en la reducción de las penas en los abortos consentidos.

2.8. Penalidad del delito de lesiones al feto.

Establecida la responsabilidad de los progenitores respecto a los daños causados al hijo, el propio Código penal diferencia en los dos preceptos examinados según exista dolo o imprudencia.

La pena prevista para el caso de que se cometiere el delito de lesiones al feto con dolo se establece en el art. 157, que dispone que el sujeto activo “será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años”.

³⁷³ Así, GRACIA MARTÍN, ESSUCHURI AISA, *ob. cit.*, pp. 61-63; SUANZES PÉREZ, *lug. últm. cit.*

Esta sanción, como se observa, implica una privación de libertad, y, además una inhabilitación profesional.

Es obvio que el precepto, en cuanto a esta segunda sanción, la inhabilitación profesional, está contemplando el caso de que el sujeto activo sea un profesional sanitario, al que, por sus conocimientos y especial deber de diligencia, impone una sanción mayor.

Esta inclusión específica se debe a que la comisión del delito la puede realizar, como se ha indicado, cualquier persona, sea profesional sanitario o no, y por si el autor del delito fuere profesional sanitario se impone una pena accesorio.

Sin embargo, en el caso de los progenitores, salvo que ellos mismos sean profesionales sanitarios, la pena queda reducida a la privación de libertad, que consiste en una privación de uno a cuatro años.

Si el sujeto que realiza las lesiones es la madre, la doctrina no encuentra ningún motivo para atenuar la pena, puesto que el bien jurídico que se protege es la integridad física y salud del feto, que no es disponible por terceros³⁷⁴.

Por su parte, en la comisión del delito de lesiones al feto imprudente, regulado en el art. 158 CP, se establece que el autor será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Igualmente, si el autor es un profesional sanitario se añade una pena accesorio, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

En el caso del progenitor, la pena se limitará a la privación de libertad de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

³⁷⁴ Así, GRACIA MARTÍN, ESSUCHURI AISA, *ob. cit.*, pp. 68-69; PEÑARANDA RAMOS, E., “La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo”, *Revista de Derecho penal y criminología*, 2003 (11), p. 220.

Como se observa, la sanción penal es sensiblemente inferior en este supuesto del art. 158 que en el supuesto del art. 157. Hasta tal punto esto es así que en el supuesto de imprudencia, se exonera a la madre de la sanción penal.

La competencia para su enjuiciamiento corresponde al Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, sustanciados por los trámites del procedimiento abreviado, de conformidad con lo establecido en el art. 14.3 y 4 LECr.

El plazo de prescripción del delito de lesiones al feto es de 10 años, computándose dicho plazo desde el día de su consumación (día inicial o *dies a quo* general), de conformidad con lo establecido en el art. 131 CP; y en la tentativa de lesiones al feto, cuando la víctima fuere menor de edad, el plazo se computará desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y, si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento (día inicial o *dies a quo* excepcional) (art. 132 CP).

3. Responsabilidad civil de los progenitores derivada de lesión al feto o por transmisión de enfermedades al feto.

3.1. La responsabilidad civil derivada del delito de lesiones al feto.

En nuestro país, como se ha visto, la transmisión de enfermedades de progenitores a hijos se regula en el ámbito penal y no en el ámbito civil; por ello, los escasísimos conflictos derivados de dicha transmisión y examinados por los tribunales se han producido en el ámbito penal, y no siempre por vulneración de los citados arts. 157 y 158 CP, como se ha indicado.

En los casos examinados en la jurisprudencia pronunciada sobre el tema, los tribunales han establecido, además de la correspondiente sanción penal, en su caso, también una indemnización pecuniaria en concepto de daños y perjuicios, en base fundamentalmente a los arts. 109 y 116 CP. El art. 109 dispone que “1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”; y el art. 116 establece que “1. Toda

persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”.

Se trata de la denominada responsabilidad civil derivada de delito o responsabilidad civil *ex delictum*³⁷⁵, cuya regla general se encuentra contenida en el citado art. 109 CP y cuyo régimen jurídico se establece en el Título V, rubricado “De la responsabilidad civil de los delitos y de las costas”, Libro I, concretamente arts. 109 a 122³⁷⁶. De estos preceptos, y por su implicación en la materia que tratamos, interesan especialmente los arts. 110, 112, 113 y 115³⁷⁷.

³⁷⁵ La existencia de la responsabilidad civil derivada de delito regulada en nuestro sistema jurídico tiene su origen histórico en la época de la codificación y ha generado polémica en nuestra doctrina científica. Véase, entre una importante bibliografía al respecto, QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, *La responsabilidad civil “ex delicto”*, Pamplona: Thompson-Aranzadi, 2002, pp. 19-33; YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, *Tratado de responsabilidad civil*, Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 2006, pp. 539-619. Aunque es pacífico en la doctrina reconocer la naturaleza civil de esta clase de responsabilidad, se señalan las diferencias existentes entre ambas; así, YZQUIERDO TOLSADA, *lug. últm.cit.*, y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Valencia, 1997, pp. 13-26, quienes ponen de relieve que las normas civiles contenidas en el Código penal no coinciden exactamente con la regulación sobre responsabilidad civil del CC, aunque ambas coinciden en que su nacimiento deriva de un vínculo jurídico surgido a consecuencia de un acto ilícito productor de un daño sin que exista previa relación jurídica entre las partes. Recientemente se ha vuelto a cuestionar la naturaleza de dicha responsabilidad por HORTAL IBARRA, J.C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo resolver la cuadratura del círculo”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 4/2014, p. 24 (www.indret.com), quien señala que “la naturaleza mixta público-privada propia de la RC *ex delicto* se proyecta claramente en la doble posibilidad legal de su ejercicio preceptivo por el Ministerio Fiscal en el proceso penal o alternativamente la tramitación facultativa por la víctima ante la jurisdicción civil mediante su reserva expresa (arts. 108 LECrim y 109.2 CP)”.

³⁷⁶ Vid. entre otros, DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993; Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit.; GRACIA MARÍN, L., BOLODOVA PASAMAR, M.A., ALASTUEY DOBÓN, C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español (El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito)*, Valencia, 1996; JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal (Actualizado a la Ley de Juicios Rápidos)*, Madrid, 2004; PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad extracontractual aquiliana o delictual*, T. 2, vol. 2, Barcelona, 1990; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., “Responsabilidad civil derivada del delito o falta y culpa extracontractual”, *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada: Ed. Cómares, 1984.

³⁷⁷ El art. 110 dispone: “La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1º) La restitución.- 2º) La reparación del daño. 3º) La indemnización de perjuicios materiales y morales”; el art. 112: “La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa”; el art. 113: “La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros”; y el art. 115: “Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución”.

Como señala Díez-Picazo, no existe “solamente una regulación especial de la responsabilidad civil cuando ésta es consecuencia de un daño que el delito produce, sino también una especial regulación de lo que se suele denominar ejercicio de las acciones civiles en vía penal”. Pese a que el Código penal comprende indebidamente la llamada acción civil *ex delicto*, en este punto hay señalar que existen procesalistas que estiman que esta denominación es equivocada, dado que esa acción de restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de perjuicios, no deriva de delito ni falta criminal, sino de unos actos u omisiones ilícitos -no necesariamente delictivos- que hayan provocado la indebida pérdida de la posesión de una cosa u ocasionado daño y perjuicio³⁷⁸.

La naturaleza civil de la obligación de restituir, reparar el daño causado e indemnizar los perjuicios (art 104 CP)³⁷⁹, como mantiene Rodríguez Devesa, está fuera de toda duda, porque “todo delito o falta, puede ser también un acto ilícito civil”, y el “principal problema” que plantea el art.1902 CC es la diferenciación entre la culpa civil que únicamente daría lugar a un resarcimiento económico y la culpa penal que además llevaría aparejada una pena, normalmente de privación de libertad³⁸⁰. Es decir, como se ha señalado, la acción sería la misma pero sería distinto el tratamiento procesal³⁸¹.

La afirmación contenida en el citado artículo 116 del Código Penal tiene matices que se abordaran a continuación. Pero, en principio, se puede afirmar que la comisión de un hecho delictivo, que hace surgir la correspondiente acción para exigir la responsabilidad penal, también puede dar lugar a la consecuente acción civil derivada del delito.

³⁷⁸ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, T V, La Responsabilidad civil extracontractual, cit.*, pp. 239-240.

³⁷⁹ Señala PEÑA LÓPEZ, F., “La responsabilidad civil derivada de delito”, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, 2004, pp. 390-391, que las conductas dañosas de las que se ocupa la responsabilidad civil general no se distinguen en nada de las regidas por las normas de la responsabilidad civil derivada de delito.

³⁸⁰ RODRIGUEZ DEVESA, J. “Responsabilidad civil derivada de delito o falta o culpa extracontractual”, *cit.*, p. 519.

³⁸¹ Así, FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid, 1991; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, T V, La Responsabilidad civil extracontractual, cit.*, pp.241-249, y bibliografía en este sentido citada por el mismo. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, PÉREZ VALLEJO, *ob. cit.*, p. 113, estiman que “el concepto jurídico de daño civil es unitario y no hay un daño civil *ex delicto* y un daño civil *no ex delicto*”.

Estima la doctrina que el presupuesto básico para que se pueda atribuir la responsabilidad es que se haya ejecutado un hecho configurado en la ley como delito o falta. Pero la atribución de la responsabilidad civil deriva del acto dañoso realizado y no de la propia realización del delito³⁸².

El responsable civil, como señala expresamente el art. 116 CP, es el imputado como responsable criminal, aún cuando el Código penal contempla también la posible imputación de otros sujetos; es decir, el responsable civil es la persona contra la que se dirige esa acción civil dentro del proceso penal, es decir, la persona que, en su caso, deberá hacer frente a la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios materiales y morales, tal como establece expresamente el art. 110 CP³⁸³.

Ahora bien, dado que nos encontramos en el ámbito penal, la tipificación del hecho como delito o falta, la autoría del mismo y su culpabilidad será una cuestión de apreciación del tribunal penal.

Para que haya un pronunciamiento sobre responsabilidad civil es necesario que el procesado sea condenado penalmente. Si el proceso finaliza sin condena queda extinguida la responsabilidad civil en este proceso penal, lo que no conlleva que pueda en sede civil o administrativa interponerse las correspondientes acciones si existe base legal para las mismas, dado que no se trata de que no exista el daño o que éste no tenga que ser resarcido, pues lo que se determina únicamente en la sentencia penal es si existe o no responsabilidad penal por lo hechos acontecidos que se contemplan en dicho proceso, y puede darse el caso de no existir responsabilidad penal, por no resultar típica la acción del procesado (en nuestro tema, de los progenitores), lo que no conlleva que cumplidos los requisitos del nacimiento de una responsabilidad civil se interpusiera una demanda en la jurisdicción civil³⁸⁴.

³⁸² Señala PEÑA LÓPEZ, F., “La responsabilidad civil derivada de delito”, *cit.*, pp. 390-391, que las conductas dañosas de las que se ocupa la responsabilidad civil general no se distinguen en nada de las regidas por las normas de la responsabilidad civil derivada de delito.

³⁸³ Véase al respecto LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, *cit.*, pp. 25 y ss.

³⁸⁴ Como apunta RODRÍGUEZ DEVESA, *ob cit.*, p. 522, en los tribunales civiles existe una objetivación de la responsabilidad que conlleva un presunción de culpabilidad, que no se comparte evidentemente en

La responsabilidad civil en el proceso penal tiene dos notas definitorias.

En primer lugar, la renunciabilidad de la acción o la reserva de la misma para el ejercicio en un proceso posterior, dado que en esta materia rige un principio dispositivo³⁸⁵. Así lo establece el art. 109.2 CP al disponer que “El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil”.

En el particular supuesto de lesiones al feto, para la renuncia de la misma sería necesaria una autorización judicial o un expediente de jurisdicción voluntaria, dado que el beneficiario de la misma es el feto, pero, ante la imposibilidad de interponer la correspondiente acción y de poder recibir la indemnización, son sus representantes legales quienes sustituyen al hijo en estos casos.

En segundo lugar, la otra característica es la “ultra personalidad”, es decir, la posibilidad de exigir la reparación a una persona distinta al condenado por el delito penal, por lo que es posible que la figura del condenado penalmente no se corresponda con la figura del obligado civilmente a la reparación o resarcimiento de los daños, bien porque sean sujetos distintos los obligados bien por la existencia de seguros que cubran estas contingencias. Sea cual sea el supuesto, la responsabilidad civil en estos casos nace a tenor del art 100 LECrim que señala que de todo delito (antes también de las faltas despenalizadas) nace la acción penal para el castigo del culpable y puede nacer la acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.

En conclusión, en el proceso penal la responsabilidad civil es una obligación de reparación de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito o falta, siendo el objetivo la compensación a la víctima.

el orden penal porque sería anticonstitucional, invirtiéndose así la carga de la prueba que recaerá sobre aquel que afirme que su comportamiento ha sido diligente y que ha adoptado las medidas necesariamente establecidas para que pueda excluirse su culpabilidad.

³⁸⁵ Véase YZQUIERDO TOLSADA, M., *Tratado de responsabilidad civil, Capítulo VI, La responsabilidad civil en el proceso penal, cit.*, pp. 539 y ss.

En este sentido el art. 113 CP dispone que “La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros”.

En su virtud, la acción de responsabilidad civil puede ser transmitida a los herederos. En el caso extremo de que las lesiones al feto revistan el resultado de muerte con posterioridad al nacimiento, se plantea la cuestión de determinar quien podría interponer las acciones correspondientes si son ambos padres los causantes de las lesiones al feto, y quienes serían los herederos legitimados (hermanos, abuelos, etc.) para interponerlas, incluso si puede interponer dichas acciones el Ministerio Fiscal, de conformidad con el art. 108 LECrim. Hay que tener en cuenta que la desheredación de los progenitores no se produce instantáneamente por el hecho de la comisión del delito dado que son dos cuestiones legales diferentes. De modo que puede resultar la paradoja de que los mismos obligados al pago de la responsabilidad civil sean los que deban cobrar por vía de herencia dichas cantidades.

Por último, cabe señalar que la responsabilidad civil derivada de delito abarca la restitución de los bienes de que haya sido privada la víctima, la reparación del daño causado directamente por el delito o falta a la víctima y la indemnización de cualquier otro perjuicio material o moral a la víctima o a terceros (arts. 110 y 113 CP).

3.2. La indemnización derivada de la responsabilidad civil por los daños causados por los progenitores al feto.

La responsabilidad civil derivada de un proceso penal se basa, como se ha indicado, en la comisión de un delito, por que un sujeto ha sido declarado culpable, que ha tenido una repercusión en forma de lesiones o daños que el sujeto pasivo del delito no tenía el deber de soportar y que, por tanto, debe ser resarcido en la medida de lo posible o compensado por los daños.

La acción civil derivada de delito puede consistir, además de una acción de responsabilidad civil extracontractual, la más habitual en el ámbito del presente trabajo,

en acciones de diferente naturaleza; así puede tratarse de una acción rescisoria, una acción tendente a privar de la patria potestad, etc.³⁸⁶.

La indemnización de estos perjuicios, según establece el Código penal, comprende la restitución de los bienes de que haya sido privada la víctima, la reparación del daño causado directamente por el delito o falta a la víctima y la indemnización de cualquier otro perjuicio material o moral a la víctima o a terceros (arts. 110 y 113 CP)³⁸⁷, es decir, tanto los daños materiales como los daños morales.

Además, dicha indemnización se extiende tanto a los realizados al feto como los irrogados a sus familiares o terceros, conforme al citado art. 113 CP.

Sin embargo, el art. 114 CP establece una limitación al reconocimiento de la indemnización a favor de la víctima, pues dispone que “Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización”, creemos inaplicable en este caso, dado que la víctima es una concebido no nacido.

Ahora bien, puesto que estamos en el ámbito de las lesiones corporales, ante la imposibilidad de reparación *in natura*, éstas deben compensarse o resarcirse económicamente.

3.3. La valoración de la indemnización en el delito de lesiones al feto.

³⁸⁶ En este sentido, LÓPEZ BELTRAN, *ob. cit.*, p. 43, señala que el daño sirve para tipificar penalmente muchas de las conductas de las que surjan consecuencias civiles distintas de responsabilidad extracontractual, pero como apunta la autora “se podría imaginar una acción civil derivada de los hechos que resultan ser delito aunque no se produzca daño, cuando de tales hechos derive cualquier consecuencia civil extracontractual”, aunque serán una minoría (en relación al tema que nos ocupa, podría señalarse la privación de la patria potestad).

³⁸⁷ Señala CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ‘ex delicto’: reparación del daño”, *La responsabilidad civil “ex delicto”* (Coordrs. Gonzalo Quintero Olivares, Santiago Cavanillas Múgica, Emilio de Llera Suárez-Bárcena), Pamplona: Editorial Aranzadi, 2002, p. 80, cuatro componentes del daño corporal derivado del delito de lesiones, que ha indicado la jurisprudencia: gastos hospitalarios del daño derivado de las lesiones, imposibilidad de la víctima de dedicarse al trabajo habitual durante el tiempo de recuperación, *pecunia doloris* o sufrimientos tanto físicos como morales experimentados por la víctima derivados de las lesiones, y secuelas resultantes.

En estos supuestos tanto la reparación del daño como la indemnización de los perjuicios o efectos lesivos deben ser cuantificados económicamente³⁸⁸.

Ahora bien, como indica el art. 110 CP, esa cuantificación tiene que hacerse respecto a la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios materiales y morales sufridos.

Esta cuantificación se deja al arbitrio de los tribunales, quienes, a la vista de las circunstancias del caso, tras una valoración por un perito en la materia, establecerán el *quantum* de la reparación del daño³⁸⁹, en base a lo dispuesto en el art. 115 CP, que dispone que “Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución”.

La doctrina ha puesto de relieve la indeterminación de la valoración que de estos conceptos deben realizar nuestros tribunales, y que se puede llegar a valorar como daños una gran variedad de perjuicios³⁹⁰.

³⁸⁸ En este sentido, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M., “Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y extracontractual o aquiliana”, *Estudios en homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, T I, Madrid, 2001, p. 1251; BOROBIA FERNÁNDEZ, C., *Criterios para la valoración del daño corporal*, Madrid, 1989; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T V, *La Responsabilidad civil extracontractual*, Navarra: Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 336-356; MARTÍNEZ ATIENZA, G., *Código Penal. Artículos 1 a 137*, Ed. Experiencia, 2013; OCHOA CALTELEIRO, A., “La indemnización de la víctima en el proceso penal español y la nueva Directiva de la U.E”, Resumen del discurso pronunciado por la Dra. Ochoa Casteleiro en la Universidad de Bolonia, el 12 de Abril de 2013, durante la conferencia *L'immane concretezza della vittima: “buone pratiche” sviluppi normativi alla luce della direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*, Ed Good practices for protecting victims inside and out side the criminal process; VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales. Tipología y valoración*, Barcelona, 1994.

³⁸⁹ En la cuantificación del daño se incluyen el daño emergente y el lucro cesante, como señala el art. 1106 CC, “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia, entre otras muchas, por su sencillez en la descripción de esta inclusión, la STS de 22 de abril de 2009 señala que “la restitución del principal en concepto de ‘*damnum emergens*’ deberá completarse, en concepto de daños y perjuicios, con el ‘*lucrum cessans*’ o privación del disfrute del numerario indebidamente apropiado, y, tal finalidad se alcanza a través de los intereses moratorios”.

³⁹⁰ Así DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de Responsabilidad civil*, Madrid, 1993, pp. 708-709, quien señala que se ha llegado incluso “al máximo detalle”; SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, PÉREZ VALLEJO, *ob. cit.*, pp. 231-232.

Nuestro derecho, sin embargo, no tiene una norma específica que establezca parámetros concretos para valorar el daño corporal en general³⁹¹, ni en particular para valorar el daño derivado del delito de lesiones al feto.

Sin embargo, existe una norma que valora los daños en una situación concreta: los derivados de los accidentes por la circulación de vehículos a motor, que se establece en el *Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor* (vigente hasta el 1 de enero de 2016), que se actualizan en el BOE cada año. Por ello, nuestros tribunales para fijar la indemnización por daño corporal suelen utilizar como criterio indicativo las tablas y baremos contenidos en dicho Real Decreto ya que son el único criterio legal existente en el Derecho español para objetivar los daños corporales, provengan o no de la circulación con vehículos de motor, y con ello poder respetar los principios de indemnización íntegra e igualdad para daño igual. El criterio es sólo indicativo ya que tales tablas están referidas propiamente a otro ámbito, muy concreto, y su existencia no puede mermar, como ha reiterado una copiosa jurisprudencia, avalada por el Tribunal Constitucional, las facultades discrecionales y posición del juzgador.

Si bien es más sencillo cuantificar el daño posible, para la valoración de la indemnización en la que rige un principio propio de la teoría general de la responsabilidad civil, que es el de *restitutio in integrum* o principio del resarcimiento íntegro del daño efectivamente causado, la jurisprudencia ha estimado que la reparación debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (SSTS de 30 de septiembre de 1993, 5 de noviembre de 1998 y 12 de noviembre de 2003), pero cuando se trate de cuantificar daños personales resulta más complicado pues ninguna indemnización podrá reparar el daño causado. Pese a que el baremo citado que se aplica en accidentes de tráfico no es vinculante cuando nos encontramos fuera del ámbito de los accidentes de tráfico, es el que se ha venido aplicando por analogía para la

³⁹¹ Señala VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: Tipología y valoración*, cit., pp. 138 y ss, que el daño corporal es un daño personal que se configura como un perjuicio de naturaleza no patrimonial que recae en la esfera del propio cuerpo, es decir el daño a la integridad física y psíquica, y que a su vez puede tener tanto consecuencias pecuniarias presentes y futuras como daños morales también reparables. En el caso que nos ocupa, parece más adecuado apuntar a un daño a la salud, pues el perjuicio deriva de la lesión de uno de los derechos de la personalidad, la integridad física, y es susceptible de valoración económica independiente.

cuantificación de las lesiones en cualquier ámbito jurídico, eso sí, únicamente como criterio indicador de la valoración de dichos daños, lo que significa que no siendo vinculante, se deja al arbitrio del juez la posibilidad de incrementar la cuantía de los daños que por su aplicación se pudieran aplicar.

La doctrina señala que la aplicación del citado baremo ofrece las siguientes ventajas, concretadas en el ámbito de actuación del presente trabajo: a) Certeza y seguridad jurídica; b) Trato análogo para situaciones de responsabilidad cuyos supuestos de hecho son coincidentes; c) Impulso para alcanzar acuerdos transaccionales, con sus dos consecuencias lógicas; d) Agilización del cálculo y pago por siniestros de esta índole por parte de las aseguradoras; e) Reducción de actuaciones judiciales en este sector y resultante disminución de la sobrecarga generalizada de trabajo de los tribunales.

Como se ha señalado *a priori*, cuando el daño no haya sido causado por un accidente de circulación, no hay ni siquiera que aplicar el citado baremo por analogía, si bien la mayoría de los Juzgados lo está aplicando como criterio orientativo.

En este sentido se manifiesta la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Entre otras se pueden citar las siguientes sentencias. La STS de 15 de octubre de 2012 (RJ 2012\9345) recoge “la procedencia de la aplicación orientativa del sistema de valoración de los daños corporales derivados de accidentes de circulación para la determinación de la indemnización fijada para hacer efectiva la responsabilidad civil por daños corporales causada por hechos ajenos a la circulación, incluidos los supuestos de responsabilidad sanitaria. Se sigue, además, el criterio llamado de la auto vinculación, en virtud del cual la incorrecta aplicación del sistema por un tribunal que dice sujetarse a él abre el paso al recurso de casación”. La STS de 17 de julio de 2007, (Rec. 877/2007), en un supuesto de fallecimiento que da lugar a responsabilidad sanitaria, acepta el criterio de la Audiencia Provincial que “tiene en cuenta, como uno más de los posibles criterios, la valoración que fija el baremo de la Ley 30/1995 (11.000.000 de pesetas), si bien actualizada a la de la conciliación judicial, toda vez que se trata de una deuda de valor”. Las SSTs de 26 de septiembre de 2007 (Rec. 3653/2000) y de 30 de noviembre de 2011 (RJ 2012\3514) aplican esta misma doctrina en un caso de responsabilidad civil como consecuencia de secuelas derivadas de una

operación de cirugía estética³⁹².

Por otra parte, hay que señalar que, conforme a las tablas y a las resoluciones citadas, al tratarse de una deuda de valor, hay que estar a las cuantías fijadas en el momento de la sentencia y no al de producción de los hechos causantes.

3.4. Indemnización del daño moral en el delito de lesiones al feto.

Para que pueda plantearse la existencia de un daño moral indemnizable se exige la prueba de la existencia de un sufrimiento o padecimiento psíquico³⁹³.

El daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido, y se indemniza junto al daño patrimonial. Esto se ha puesto de relieve en la jurisprudencia del Tribunal Supremo; así en las SSTs de 15 de julio de 2011 (Roj 4900/2011, recurso 1122/2008), 13 de abril de 2012 (Roj 3065/2012, recurso 934/2009), y 10 de julio de 2012 (Roj 5695/2012, recurso 903/2009). Pero debe matizarse que se trata de un sufrimiento psíquico real, relevante y persistente, no a cualquier molestia o desazón, tiene que existir un grave menoscabo de la integridad de la persona en su vertiente psíquica, de bienestar personal y familiar (SSTs de 15 de junio de 2010, Roj 4384/2010). La vida tiene reveses y frustraciones, lo que jurídicamente se denominan "riesgos generales de la vida", que no deben ser objeto de resarcimiento, excepto en el

³⁹² Véase XIOL RÍOS, J. A., "La utilización del sistema legal de la Ley 30/95 para valorar los daños corporales producidos al margen de los hechos de la circulación. Apuntes de jurisprudencia", *Congreso sobre Responsabilidad civil*, Cáceres, 2006; AGÜERO RAMÓN-LLIN, E., "El sistema de valoración del daño corporal derivado de accidentes de circulación: mucho más que un baremo. Criterios de aplicación conforme a la Jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo y la Circular 10/2011 del Fiscal General del Estado. La propuesta de reforma elaborada por la Comisión de expertos", *Documentos y normativa*, núm. 24, 24 de junio de 2014.

³⁹³ Entienden SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, PÉREZ VALLEJO, *ob. cit.*, p. 229, que hay que distinguir entre daño existencial y daños morales, pues en éstos últimos se valora sentimientos, estados de ánimo del perjudicado mientras en aquellos se trata de valorar, con las pruebas pertinentes, cómo ha cambiado la vida del perjudicado antes y después del daño, que puede ser muy relevante en el ámbito familiar.

caso de concurrencia de circunstancias excepcionales (STS 12 de diciembre de 2011, Roj 8594/2011, recurso 1830/2008).

Como cualquier otro daño, el daño moral tiene que ser probado. Cuestión distinta es su valoración, que no puede confundirse con la necesidad de probar la concurrencia del daño moral (SSTS de 12 de diciembre de 2011, Roj 8594/2011, recurso 1830/2008; y 10 de octubre de 2012, Roj 8859/2012, recurso 463/2010).

La indemnización del daño moral por parte de nuestra jurisprudencia se inició en el campo de la culpa extracontractual, principalmente en la concepción clásica de indemnizar el *pretium dolores* (precio del dolor), aquéllos sufrimientos generados bien por padecer lesiones bien por el fallecimiento de un ser querido, para posteriormente aplicarse a resarcir los ataques a los derechos de la personalidad (honor, intimidad, propia imagen). Sin embargo, la jurisprudencia, reconociendo que el daño moral constituye una "noción dificultosa", le ha dado una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a las dos situaciones señaladas anteriormente (el *pretium doloris* y los ataques a los derechos de la personalidad). En esta ampliación ha considerado incluidos los ataques al prestigio profesional y ha sentado como situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable la consistente en un sufrimiento o padecimiento psíquico, y se ha referido a impacto emocional, sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, inquietud, pesadumbre, temor, trastorno de ansiedad; así concretamente en las SSTS de 5 de junio de 2014 (Roj 2256/2014, recurso 3303/2012), 13 de abril de 2012 (Roj 3065/2012, recurso 934/2009), 10 de diciembre de 2010 (Roj 7549/2010, recurso 790/2008), 12 de julio de 2007 (RJ 2007\5590), 14 de julio de 2006 (RJ 2006\4965) y 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003\8289), 27 de enero de 1998 y 6 de julio de 1990³⁹⁴.

³⁹⁴ Línea jurisprudencial seguida por las Audiencias Provinciales, como recoge gráficamente el Fundamento jurídico cuarto de la SAP A Coruña de 10 octubre 2014: "El daño moral constituye una noción dificultosa, relativa e imprecisa, como recuerdan las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2010 (Roj: STS 7549/2010, recurso 790/2008) y 31 de mayo de 2000 (RJ 2000\5089). La mencionada resolución de 10 de diciembre de 2010 distingue entre (a) el daño patrimonial, si se refiere a su patrimonio pecuniario; (b) el daño biológico, si se refiere a su integridad física; (c) y el daño moral, si se refiere al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral. Y define los daños morales como 'aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste,

Esta indemnización del daño moral se encuentra en mayor número en los casos de culpa extracontractual (el sistema de valoración del daño corporal anexo a *la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor* indemniza en cierta medida ese daño moral), en los casos de responsabilidad sanitaria, en las intromisiones en los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen (donde tiene reconocimiento legislativo), en los ataques al prestigio profesional, y en los ataques a la propiedad intelectual (que igualmente tienen una regulación legal).

En cuanto a la valoración del daño moral, la jurisprudencia más reciente del TS ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden tener valor orientador para la fijación del *pretium doloris* (precio del dolor) y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. En este sentido se manifiesta la STS 906/2011, de 30 de noviembre, que señala que “la determinación de la cuantía para la compensación de los daños no patrimoniales debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del órgano judicial, habida cuenta de que no existen parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el menoscabo en que consiste el daño moral. Es, asimismo, muy amplia la facultad de apreciación de que dispone el órgano judicial en aquellos casos en los cuales, aun no tratándose estrictamente de la valoración del daño moral dimanante del daño corporal, sin embargo deben valorarse las consecuencias patrimoniales derivadas de la incapacidad que origina éste a raíz del mandato legal que ordena integrar en el importe de la indemnización el lucro cesante (STS 22 de diciembre de 2006, RC n.º 5188/1999, 2 de julio de 2008, RC n.º 1563/2001, 31 de octubre de 2007, RC n.º 3537/2000, 2 de julio de 2008, RC n.º 1563/2001 y 9 de diciembre de 2008, RC n.º 1577/2002)” (FJ 3)³⁹⁵.

paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica...’. Definición de daño no patrimonial que también se recoge en el artículo 10:301 PETL (Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil elaborados por el European Group on Tort Law) al referirse a los supuestos en que “la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad”, con referencias al “perjuicio de su salud física o psíquica”.

³⁹⁵ En dicha sentencia el TS menciona otras sentencias que han seguido este criterio: SSTs 11 de noviembre de 2005, RC n.º 1575/99; 10 de febrero de 2006, 19 de mayo de 2006; 22 de julio de 2008, RC

Añade dicha sentencia que “Aunque el principio de reparación íntegra comprende el resarcimiento de los daños morales y así se infiere del artículo 1.2 LRCSCVM, el cual define como daños y perjuicios determinantes de responsabilidad ‘los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales’, por lo general, de aplicarse el sistema de valoración incorporado en la LRCSCVM, la indemnización del daño moral queda comprendida en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos susceptibles de indemnización con arreglo al mismo, pues, como afirma la reciente STS de 19 de septiembre de 2011, RC n.º 1232/2008, su indemnización por separado solo es posible en aquellos supuestos en que la ley lo concibe expresamente como un concepto independiente”.

3.5. Baremo de aplicación al daño derivado de la responsabilidad civil que procede de ilícito penal en relación al delito de lesiones al feto.

A pesar de todo lo dicho anteriormente, resulta que aplicar el baremo contenido en el Anexo del *Real Decreto Legislativo 8/2004* para este tipo de situaciones, no es un efecto automático. Este baremo como apunta Vicente Domingo, para evitar una “lotería judicial” aporta “un instrumento que valora el propio daño corporal y las consecuencias que dé él se derivan, atendiendo a criterios objetivos y a valores medios, que se aplican automáticamente, aunque también pueden contar con unos criterios de corrección a los que se recurre para adoptar esta indemnización fija, a las circunstancias del caso”³⁹⁶.

Con este modo de calcular el valor económico de los daños, se establece un sistema aplicable para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados

n.º 553/2002; 2 de julio de 2008, RC n.º 1563/2001; 9 de diciembre de 2008, RC n.º 1577/2002). Y otras en las que se hace referencia a otros ámbitos en los que se ha aplicado este baremo: “Con ese valor se ha aplicado el sistema legal incorporado a la LRCSCVM en supuestos de responsabilidad derivada del consumo de tabaco (STS 5 de mayo de 2010, RC n.º 1323/2006), accidente laboral (SSTS de 9 de marzo de 2010, RC n.º 1469/2005; 15 de diciembre de 2010, RC n.º 1159/2007 y 25 de marzo de 2011, RC n.º 754/2007), y, en lo que aquí interesa, en supuestos de indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil médica o sanitaria (SSTS de 10 de diciembre de 2010, RC n.º 866/2007; 11 de febrero de 2011, RC n.º 1888/2007, 4 de marzo de 2011, RC n.º 1918/2007 y 1 de junio de 2011, RC n.º, entre las más recientes”.

³⁹⁶ VICENTE DOMINGO, *ob. cit.*, p. 272.

por el acaecimiento de un siniestro, dando así cumplimiento al principio de la *restitutio in integrum*; la aplicación analógica del baremo, que aunque no es vinculante constituye la base para la cuantificación de las lesiones, pretende cubrir, con las indemnizaciones derivadas de esta aplicación, las graves lesiones sufridas por el feto. Pero, si el feto ha sufrido daños, que son lesiones permanentes, encontramos que la tabla establece una distinción en base a la edad de la víctima (de 0 y 20 años, de 20 a 40, de 41 a 55, de 56 a 65, y más de 65 años), otorgando un valor pecuniario según las secuelas en relación decreciente a la edad de 852,40 € a 598,10 €. Quizá las tablas no están adecuadas a la cuantificación de estos daños y, revisada la jurisprudencia, sea función de los tribunales complementar estas cuantificaciones por las secuelas al alza tanto en unos como en otros supuestos.

También puede acontecer que el feto fallezca como resultado de las lesiones; en estos casos, el baremo incluye también una valoración por la pérdida de feto³⁹⁷, aunque hay que señalar que esta pérdida se produce por hechos ajenos a la intervención de los progenitores.

Pese a que en el momento actual está en vigor el baremo para calcular los daños derivados de los accidentes por la circulación de vehículos a motor, que se establece en el citado *Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*, hay que señalar que ya ha sido aprobada la nueva regulación del mismo por la *Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la*

³⁹⁷ Pues bien, cuando se indemniza la muerte del *nasciturus*, se viene a resarcir el daño moral ocasionado, dando así una dimensión estrictamente patrimonial a un daño corporal y sobre todo moral. Quizá pudiera parecer más lógico el contemplar la pérdida del feto como un supuesto de fallecimiento de la tabla I, pues parece un tanto irracional como la indemnización correspondiente puede ser tan diferente si el fallecimiento a causa del accidente se produce días antes de nacer o posteriormente al nacimiento por el simple hecho de ostentar la condición de persona en virtud de los art. 29 y 30 del Código Civil. De esta forma el cálculo de dichos factores de corrección vendrá a incrementar la indemnización principal que corresponda al perjudicado por el daño sufrido. Y entrando ya en la aplicación de las tablas II y IV, se han de recoger las cuantías que resultarán de aplicar las mismas durante el año 2014. En dichas tablas se hace la distinción entre si el concebido era el primer hijo o el segundo o posteriores, así como del estado de gestación y sobre todo el resultado final de la madre. Víctima embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente: 1) Si el concebido fuera el primer hijo: hasta el tercer mes de embarazo, 14.379,40 €; a partir del tercer mes, 38.345,07€. 2) Si el concebido fuera el segundo hijo o posteriores: hasta el tercer mes de embarazo, 9.586,26 €; a partir del tercer mes, 19.172,54 €. Elementos correctores del apartado primero de este anexo: Hasta el 75%. Se ha de matizar en esta tabla IV que el sistema establece la aplicación del referido factor corrector sobre secuelas permanentes, independientemente de que la víctima embarazada haya sufrido lesiones o no, siendo suficiente con acreditar la relación de causalidad entre la pérdida del feto y el siniestro acaecido, no haciéndolo depender de que la madre haya tenido que sufrir daños personales, para obtener una indemnización por la muerte de su hijo.

valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE núm. 228, 23-09-2015), cuya entrada en vigor está prevista para la fecha de 1 de enero de 2016, y que sigue fijando las indemnizaciones que le corresponden a una persona que haya sufrido un accidente de tráfico. Parece conveniente señalar, aunque sea a título informativo, los motivos de la citada reforma y las líneas básicas de la misma.

La reforma tiene como uno de sus fines la unificación de criterios indemnizatorios derivados de accidentes de tráfico en la Unión Europea, que acaben con situaciones injustas dependiendo del país europeo donde se haya sufrido el accidente de tráfico.

Otro de los pilares de la reforma es la adecuación de las normas a la realidad social actual y fomentar, como en el anterior baremo, una fórmula más rápida de resolución e indemnización de los accidentes.

Las indemnizaciones por fallecimiento incrementan un 50% su cuantía y las de los lesionados un 12,8%; las indemnizaciones de lucro cesante, como cantidades dejadas de percibir a consecuencia del accidente, tendrán en cuenta por primera vez las tareas del hogar y la capacidad de trabajo futura de estudiantes y menores.

Se reconoce expresamente que las razones de esta reforma venían dadas por la necesidad de aplicar el principio de “justa indemnidad” por el daño causado a los perjudicados y víctimas (principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios). Con la reforma se intenta dar importancia al caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias personales y familiares de cada víctima/perjudicado de un accidente, que no se tenía en cuenta hasta la fecha, y distinguir entre perjuicio patrimonial básico o gastos razonables derivados del fallecimiento, compensados con una cantidad mínima de 400 euros y los gastos específicos, que incluyen el traslado del fallecido, repatriación, entierro y funeral.

En los supuestos de secuelas o lesiones permanentes, refuerza especialmente la reparación del gran lesionado que quede con discapacidades que requieran de apoyos intensos para su autonomía personal.

Se pondría pensar que en el tema de lesiones al feto por transmisión de enfermedades se podría aplicar el baremo relativo a las secuelas.

3.6. La responsabilidad civil en los delitos de lesiones en los casos de concurrencia de eximentes.

Cabe recordar que en la responsabilidad penal, el art. 20 CP señala excepciones a la existencia de esa responsabilidad. Son aquellos supuestos en los que el sujeto que realiza la acción u omisión, es decir, es culpable porque ha realizado la conducta típica del correspondiente delito, no es declarado penalmente responsable porque existe una eximente completa que impide la sanción penal.

Estas eximentes constituyen *numerus clausus*, y se encuentran recogidas en el citado art. 20 CP. De las mencionadas en dicho precepto, se van a señalar las que pueden afectar al delito de lesiones al feto, y que son las siguientes: 1º) El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.- El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión (art. 20.1º); 2º) El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (art. 20.2º); y 3º) El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad (art. 20.3º).

Además de estas eximentes, la doctrina ha señalado otros casos en los que se podría aplicar también una causa de justificación de la conducta del autor, sobre todo, en el caso de la madre. Estas serían las hipótesis siguientes³⁹⁸:

a) En el caso de que la embarazada sea sometida a un tratamiento durante la gestación y dicho tratamiento tenga efectos secundarios que causen daño al feto. Parece que la doctrina estima que a estos casos se podría aplicar la eximente del art. 20.5° CP, pues los intereses protegidos de la madre (su integridad corporal o su salud) tienen un valor superior a los del feto.

b) En el caso de que el feto presente malformaciones o enfermedades descubiertas en un momento posterior a la procreación, la omisión de un tratamiento tendente a eliminarlas o a mejorar el estado del feto, entiende la doctrina, sería atípica y no habría posibilidad de colisión de deberes y, por tanto, ninguna situación de justificación relevante, pues “la comisión por omisión se fundamenta en la no evitación de un resultado inexistente *ex ante* y nunca en la producción de un resultado positivo de creación de un estado nunca existente con anterioridad o de restauración o reposición al *statu quo ante*”. Por el contrario, si se hubiese comenzado el tratamiento, habiendo producido una mejora en el estado del feto, y se interrumpiera provocando una regresión en dicho estado, se podría subsumir tal acción en el tipo delictual pues la madre en este caso habría asumido un compromiso y el dominio causal del resultado.

c) En el caso de que, ante el diagnóstico de peligro para el feto, el médico no inicia el tratamiento adecuado o la madre no se presta a su realización, la solución se presenta como más problemática. Entiende la doctrina que si la madre tiene posibilidad de realizar el tratamiento y no lo inicia, no realizará el tipo por omisión “pues dicha negativa es la manifestación más evidente de que no asume el compromiso ni, por tanto, el dominio sobre la contención del riesgo, elemento esencial para la fundamentación del tipo de comisión por omisión”. Por el contrario, si la madre hubiese decidido iniciar el tratamiento y luego lo interrumpe, sí que se produciría el tipo, de igual manera que en el supuesto anterior.

³⁹⁸ Plantean estas hipótesis, GRACIA MARTÍN, ESCUCHURI, *ob. cit.*, pp. 47-51.

Sin embargo, esta exención de la responsabilidad penal no afecta a la responsabilidad civil, pues de ella, si es el caso, el autor del delito debe responder, en virtud de lo que dispone el art. 118 CP, que establece que “1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil”,³⁹⁹.

Por su parte, el art. 119 establece que “En todos los supuestos del artículo anterior, el Juez o Tribunal que dicte sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda”.

4. Responsabilidad civil derivada de ilícito penal por transmisión de enfermedades por los progenitores a los hijos durante la lactancia.

De la misma manera que sucede en el ámbito civil y en la legislación protectora de los menores lactantes en general, en la legislación penal no existe ninguna norma que de modo específico aborde la responsabilidad que puede derivar de la transmisión de enfermedades por los progenitores a los hijos durante la lactancia.

Como cuestión previa, es necesario diferenciar si cuando se plantea esta cuestión durante la lactancia, se alude a un periodo de tiempo o a un hecho propio de los progenitores, como es el amamantamiento. Pues los sujetos del hecho dañoso serían diferentes según la respuesta. Si se trata de un periodo denominado de lactancia ambos progenitores pueden causarle o contagiarle lesiones o enfermedades al recién nacido.

³⁹⁹ El propio artículo 118 añade que esa responsabilidad civil se hará efectiva conforme a las reglas siguientes, que, por lo que respecta a los casos señalados, dispone: “1.ª En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.- Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.-. 2ª Son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado en el supuesto del número 2º.”.

Pero, si se está haciendo referencia al hecho de transmisión de enfermedades por el acto del amamantamiento, el sujeto queda reducido a la progenitora, y en este supuesto el padre quedaría excluido por su propia naturaleza⁴⁰⁰, pese a que como sucedía en la gestación pueda contagiarle enfermedades a la madre y ésta ser el vehículo de contagio de las mismas al amamantado.

El supuesto que vamos a contemplar es el segundo de los indicados, es decir, la transmisión a través de la leche materna de enfermedades al hijo.

En este supuesto, y desde el inicio de las contracciones del parto que llevaran a la expulsión del feto, nos encontramos ante una persona, a efectos jurídicos, como ya se ha indicado, titular de derechos y obligaciones (arts. 29 y 30 CC, jurisprudencia penal, ya relacionada).

Reconocida la protección penal de la vida humana, como se ha indicado anteriormente, el ordenamiento jurídico distingue fases diversas en este proceso continuado que es el desarrollo de la vida, atribuyéndoles un diferente valor, como hemos abordado en diferentes puntos de este trabajo cuando se señalaba en el primer apartado : La diferente regulación en ámbito penal de los delitos de lesiones al feto, de lesiones, de aborto y de homicidio, en cuanto a gradación de penas⁴⁰¹, corresponde a una idea de protección continuada de la vida, que progresa y se intensifica, siendo el nacimiento el momento máximo de transacción.

La doctrina considera que el límite *máximo* del objeto material del delito de lesiones al feto coincide totalmente con el propio del delito de aborto que, a su vez, traza el límite mínimo del delito de homicidio y, en general, de los delitos contra la vida

⁴⁰⁰ LASARTE VELILLAS, J. J., “El papel del padre durante la lactancia materna”, *Revista electrónica de información para padres de la Asociación Española de Pediatría de Atención Primaria (AEPap)*, Vol. 2, núm. 4, 2009.

⁴⁰¹ La protección es más elevada en el caso de los delitos de homicidio y de lesiones postnatales o personales, donde se sancionan comportamientos dolosos como imprudentes (de forma grave o leve), sin restricción de potenciales sujetos activos en comparación con los delitos en su fase intrauterina donde solo se castigan con penas más leves además los comportamientos de aborto o lesiones al feto cometidos con dolo o imprudencia grave y solo es punible como se verá la conducta realizada por terceros y en cuanto a la realización imprudente y no a la gestante.

humana independiente, así como de aquellos contra la integridad o salud de otra persona.

La protección es más elevada en el caso de los delitos de homicidio y de lesiones postnatales o personales, donde se sancionan comportamientos dolosos como imprudentes (de forma grave o leve), sin restricción de potenciales sujetos activos en comparación con los delitos en su fase intrauterina donde solo se castigan con penas más leves además los comportamientos de aborto o lesiones al feto cometidos con dolo o imprudencia grave y solo es punible, como se verá, la conducta realizada por terceros y en cuanto a la realización imprudente y no a la gestante.

El TS mantiene que, iniciado el parto, no son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad de una “persona”, al que se refiere los arts. 147 y siguientes del Código penal.

El delito de lesiones se contempla en el art 147 CP, que establece: “1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.

Además, el art. 149 CP regula el delito de lesiones agravado, disponiendo que: “1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años”.

Por último, señala el art 152 CP que “1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido: 1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo

147.- 2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149”⁴⁰².

El delito de lesiones es un delito de resultado, y, el bien jurídico protegido es la integridad corporal y la salud física o mental de la persona agredida y lesionada.

El tratamiento médico⁴⁰³ o quirúrgico⁴⁰⁴ es objetivamente necesario para que las lesiones sean constitutivas de delito; el concepto de tratamiento médico o quirúrgico no es incompatible con el de primera asistencia facultativa según la STS de 21 de julio de 2003; la primera asistencia facultativa es la exigencia necesaria e indispensable para considerar una agresión corporal como infracción penal; el tratamiento médico es la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa, y, se utiliza para curar una enfermedad o reducir sus consecuencias si no es curable; y el tratamiento quirúrgico es cualquier acto de cirugía mayor o menor que tiene por finalidad curar una enfermedad. Declaran las SSTs de 6 de febrero de 1993 y 14 de junio de 1994 que, "toda lesión que requiera una intervención activa, médica o quirúrgica, será ya de tratamiento".

Tienen competencia para juzgar estos delitos el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, mediante el procedimiento abreviado o procedimiento para el enjuiciamiento rápido, de conformidad con lo establecido en el art. 14.3, 4 y 5 LECr.

En relación al sujeto activo, el art. 147 establece una fórmula general, por lo que puede ser autor cualquier sujeto, incluidos los progenitores, que en el caso que nos

⁴⁰² Véase CASTRO CORREIDORA, M., GUNIARTE CABADA, G., *Comentarios a la Reforma código penal de 2015* (Coordres. J.L. González Cussac, E. Górriz Royo, A., Matallín Evangelio), Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005.

⁴⁰³ Entre los casos que integrarían el tratamiento médico doctrina y jurisprudencia han señalado la rotura del tímpano con tratamiento médico posterior, el collarín cuando es necesaria la inmovilización para alcanzar la sanidad, la rehabilitación cuando es necesaria objetivamente para la curación de las lesiones y es o debe ser prescrita por un médico, las endodoncias con tratamiento posterior a la primera asistencia facultativa, las fracturas que necesitan de un diagnóstico médico y de una orientación médica para su curación, etc.

⁴⁰⁴ Entre los casos que integran el tratamiento quirúrgico se han señalado por doctrina y jurisprudencia la aplicación de puntos de sutura que supone un acto de cirugía menor y siempre que sea necesaria más de una primera asistencia facultativa, la colocación de una férula que supone un acto de cirugía menor y siempre que sea necesaria más de una primera asistencia facultativa, la pérdida de piezas dentarias que precisan de tratamiento quirúrgico para la reconstrucción o extracción de las raíces, etc.

ocupa, sería la madre.

Es sujeto pasivo, en general, del delito de lesiones la persona o ser humano ya formado. En nuestro caso, sería el menor ya nacido desde el mismo momento de las contracciones, y cuando se comenzará a dar la leche materna.

Son punibles las lesiones cometidas por comisión propia y por comisión por omisión o comisión impropia con base en el art. 11 CP⁴⁰⁵; no precisa esta infracción penal de agresividad ni violencia, aunque es necesario que la lesión corporal causada tenga una determinada gravedad con base en las consecuencias en la integridad corporal y en la salud física o mental del sujeto pasivo.

La acción se concreta en la causación a otro de una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental por cualquier medio o procedimiento, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia, tratamiento médico o quirúrgico. Es precisa la existencia de un daño a la víctima del hecho, y, cada resultado lesivo constituye una infracción penal (STS de 16 de febrero de 1999).

Y, además, estima la doctrina científica penalista que es necesaria una relación de causalidad, que toma como base la teoría de la equivalencia de condiciones, de modo que se hace de la imputación objetiva del resultado que toma como base el presupuesto causal una categoría independiente de carácter normativo que conecta con la tipicidad y culpabilidad; sin causalidad no se puede sostener imputación objetiva y esta no coincide necesariamente con la causalidad natural, pues la relación entre la acción y el resultado sólo es posible cuando la conducta ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y el resultado es la concreción de ese peligro⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Conforme lo señalado en apartados anteriores con respecto a la comisión por omisión, (posición de garante de la madre de un menor con ausencia de la acción esperada y exigible dentro de un comportamiento humano y socialmente relevante, según la STS de 31 de octubre de 1991)

⁴⁰⁶ CARDONA LLORENS, A, MARHUENDA AMORÓS, D., “El delito de lesiones desde la perspectiva médico-legal”, *Cuadernos de Política criminal*, núm. 68, 1999 pp. 313- 315, señalan además, desde el punto de vista médico-legal, que para que el médico pueda establecer la relación de causalidad éste debe realizar una valoración de las circunstancias concurrentes en un caso concreto par puntualizar el grado de participación de cada una de ellas n el daño producido, aplicando una serie de criterios, de cuya conjunción se deesprenderá el juicio de causalidad: a) criterio cronológico, por e cual se debe tener en cuenta el período transcurrido entre la producción de una determinad acción nociva y la aparición de una

En el caso que nos ocupa, se puede considerar que la transmisión de enfermedades a través de la lactancia que provoca una enfermedad en el hijo, y, como consecuencia, un menoscabo en su salud, es uno de los medios que dan lugar al delito de lesiones⁴⁰⁷. Es más, se puede considerar que ante la gravedad de algunas enfermedades, la madre no estaría ante el delito de lesiones generales del art. 147, sino ante un delito de lesiones agravado del art. 149 CP (vgr. casos de transmisión de VIH/SIDA⁴⁰⁸).

Ahora bien, el delito de lesiones requiere de un dolo genérico de lesionar o de menoscabar la integridad corporal y la salud física o mental de la víctima (*animus laedendi*); cabe el dolo eventual cuando el sujeto activo se ha representado la posibilidad del resultado y lo acepta⁴⁰⁹. Y esta cuestión es la más delicada pues habría que probar la existencia de este dolo en la madre.

Entre los concursos de delitos que se podrían dar en el supuesto que nos ocupa, cabría señalar la existencia de un concurso ideal entre el delito de lesiones ocasionado al menor y los delitos de homicidio imprudente del art. 142 CP, por cuanto la transmisión de una enfermedad grave al niño (vgr. transmisión del VIH que se desarrolle en SIDA) puede ocasionar el fallecimiento del mismo.

Hay muy pocas enfermedades de la madre que recomienden el abandono de la lactancia natural, pues, como ya se ha indicado, existen soluciones al alcance de las

sintología morbosa; criterio topográfico, según el cual se trata de establecer si hay una relación entre la zona interesada por la acción lesiva y aquella en que ha hecho su aparición el resultado lesivo; criterio cuantitativo, en virtud del cual se pretende relacionar la intensidad de la acción lesiva con la gravedad del daño producido.

⁴⁰⁷ CARDONA LLORENS, MARHUENDA AMORÓS, *ob. cit.*, pp. 293-320 y 308-309, quien, siguiendo, vigente en los momentos que realizó el estudio, la Clasificación Suplementaria de causas externas de las lesiones e intoxicaciones que recoge el Manual de la Clasificación Internacional de las Enfermedades, 9ª revisión (CIE-9-MC), distinguen desde el punto de vista médico-legal, distintos grupos de agentes que pueden originar las lesiones, incluyendo dentro de los agentes externos, los agentes biológicos que dan lugar a lesiones funcionales, dentro de los cuales incluye el contacto con enfermedades transmisibles.

⁴⁰⁸ La transmisión del VIH/SIDA ha sido considerado por la jurisprudencia delito agravado de lesiones; así la SAP de Cádiz de 15 de marzo de 2006.

⁴⁰⁹ En este punto, remitimos al apartado correspondiente de este trabajo en relación con el delito de lesiones dolosas al feto.

madres con asesoramiento médico adecuado para impedir el contagio de enfermedades sin el abandono de la lactancia.

Sin embargo, podría darse el caso de la transmisión al niño de enfermedades que menoscabasen su salud, y en estos supuestos, parece que se podría incluir dicha actuación de la madre en los tipos penales de los arts. 147 o 149 CP.

Si ello es así, ya se ha indicado que de la comisión del delito se puede derivar una responsabilidad civil en base a los arts. 109 y 116 CP que disponen la reparación de los daños y perjuicios causados cuando la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a repararlos, siendo obligados a esta reparación toda persona criminalmente responsable de un delito o falta que lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.

En cuanto a esa responsabilidad civil derivada en este de daños causados al hijo por transmisión de enfermedades a través de la lactancia materna, nos remitimos a lo ya expuesto en el epígrafe correspondiente de este apartado III.

CONCLUSIONES

I. Es un hecho constatado por los expertos, y así se ha observado en la realidad social, que los progenitores pueden causar al feto desde el momento de la concepción hasta el momento de su nacimiento, durante la permanencia en el seno materno, daños, bien causándole lesiones o transmitiéndole enfermedades, ocasionando menoscabos, con diferente grado de afección, en su salud, determinando por ello una conculcación de su integridad física. No existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma concreta que de manera explícita reconozca al concebido no nacido el derecho a la vida y a la integridad física, dado que no se le atribuye personalidad jurídica por aplicación de los arts. 29 y 30 CC. Pese a ello, el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985 se pronunció en el sentido de reconocer que se debe proteger la vida, y consecuentemente, la integridad

física del concebido, incluyendo en la misma la salud física y psíquica, en base al reconocimiento de la protección de la vida y de la integridad física que se realiza en el art. 15 CE, y que se debe extender al concebido en su consideración de bien jurídico especialmente protegido, protección que se debe llevar a cabo incluso en la legislación penal. Aunque dicha protección no es absoluta y esta limitada ante determinados supuestos.

II. Resulta transcendental delimitar el concepto de salud, en nuestra sociedad y en nuestro derecho, considerando que actualmente no se limita a su aspecto negativo de ausencia de enfermedades, sino que hay que entenderlo como un estado de bienestar óptimo físico y mental y social. Estado de salud que hay que aplicar al concebido no nacido. Aunque no existen normas concretas que protejan la salud de éste, la integridad y la salud física del mismo tiene su cobertura jurídica en los efectos favorables que al mismo reconoce el art. 29, segundo inciso del CC, en relación con la protección jurídica que al concebido en su vida e integridad otorga el TC en la citada sentencia. En el catálogo de enfermedades se ha constatado la existencia de enfermedades y malformaciones que los progenitores pueden transmitir a los concebidos no nacidos, distinguiéndose entre enfermedades y malformaciones heredables y transmisibles, siendo la diferencia que las primeras se adquieren en el momento de la concepción a través del material genético de los progenitores y las segundas en un momento posterior de la gestación o durante la lactancia.

III. En el ámbito civil no existe ninguna norma que explícitamente reconozca la aplicación del derecho de daños en la esfera familiar, por lo que parecería que en las relaciones familiares no se pueda producir resarcimiento por los daños producidos en dichas relaciones. Las razones para la exclusión de las acciones de responsabilidad civil en el ámbito familiar, no son ni han sido jurídicas, sino históricas, de protección a la familia, basadas en el modelo patriarcal recogido por los códigos civiles decimonónicos, en las que se excluye esta responsabilidad en base a una regla de moralidad sustentada en vínculos de solidaridad y gratuidad entre los miembros de la familia. Sin embargo, esta visión se ha modificado enormemente, y el principio de protección jurídica de la persona, que alcanza tanto a la mujer como a los hijos, ha determinado que actualmente se reconozcan este tipo de reclamaciones.

IV. Actualmente se considera que familia no es titular de un interés autónomo, superior al pleno y libre desarrollo de las personas individuales que la componen. El bien jurídico protegido, la integridad física y la salud de los individuos, y particularmente en nuestro caso, del concebido no nacido, es un derecho constitucional cuya tutela es reconocida erga homens, independientemente de que exista una relación familiar entre los sujetos implicados, pues la defensa de los derechos fundamentales que corresponde a cada individuo no puede ser desconocida solo porque la lesión o la agresión a tales derechos provenga de un sujeto ligado a aquél por un vínculo familiar. El resarcimiento de daños en el derecho de familia tiene unas características particulares que deben ser tenidas en cuenta y falta por realizar un estudio pormenorizado de las características específicas que se deberían cumplir en derecho de daños para, protegiendo la institución familiar conforme a la Constitución Española, no dejar al arbitrio de los progenitores unos daños que fuera del ámbito familiar serían resarcibles.

V. El citado art. 29, en su inciso segundo, CC recoge la protección del concebido no nacido al señalar que “el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”, y dentro de su dicción, se considera que uno de los efectos favorables son las posibles indemnizaciones que pueda obtener como consecuencia de la interposición de demandas en reclamación de la responsabilidad civil derivada de los daños que pudieran haber ocasionado los progenitores durante la gestación. Pues se estima que la responsabilidad civil se fundamenta en el principio de que quien sufre un daño en su persona o en sus bienes tiene derecho a una reparación en todos los casos en los que el daño sea imputable a un tercero.

VI. En la doctrina y paulatinamente en la jurisprudencia se ha ido admitiendo la responsabilidad por los daños ocasionados al feto, bajo la expresión responsabilidad perinatal, dentro de la cual se debe entender comprendido el supuesto estudiado, engloba todas las acciones de responsabilidad civil relacionadas con el inicio de la vida, incluyendo aquellas por las que se reclaman los daños ocasionados, directa o indirectamente, al hijo por el comportamiento, activo u omisivo, tanto durante la concepción como durante la gestación, de terceros, singularmente profesionales sanitarios, o de los propios progenitores.

VII. Dentro de dichos supuestos se distingue las lesiones y transmisiones de enfermedades que puedan causarse al concebido no nacido durante la procreación. Es el supuesto más polemizado en la doctrina, pues existe un conflicto de intereses entre los derechos a procrear y a formar una familia de la pareja y el derecho del hijo a nacer sano. Un sector mayoritario estima que no es factible en estos casos la imputación de una responsabilidad a los padres por falta de personalidad jurídica del concebido, para evitar dañar las relaciones familiares y por el derecho a procrear de las personas. Frente a ello, otro sector de la misma estima que el hecho de querer procrear cuando se sabe anticipadamente que la descendencia nacerá con graves anomalías o enfermedades genéticas, es un acto irresponsable por parte de los progenitores, del que debería derivarse responsabilidad civil, pese a que la libertad de procreación se derive de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Polémica aún no zanjada.

VIII. Sin embargo, en el caso de que la transmisión de enfermedades o malformaciones al feto se realicen durante la gestación, existe consenso en la doctrina de que de dichos daños se deriva responsabilidad civil para los progenitores en base al art.1902 CC. Es presupuesto necesario la existencia del daño grave (enfermedad o malformación), imputable al padre a la madre o a ambos, y que resulte cuantificable económicamente; dicho daño debe revestir una gravedad suficiente para afectar el normal desarrollo vital del concebido.

IX. Ante las posturas irreductibles de la doctrina en relación a la responsabilidad derivada de daños, enfermedades o malformaciones, en el momento de la procreación, cabe señalar que, independientemente del momento en que se produzcan dichos daños (concepción o gestación), hay que poner el énfasis por un lado, en la existencia de medios, y si éstos se encuentran al alcance de los progenitores, para evitar la transmisión de enfermedades o de malformaciones; y, por otro lado, en si se han puesto los medios necesarios para impedir dichos daños dado que ninguna ley impide la constitución de una familia y de tener descendencia independientemente del estado de salud de los progenitores.

X. De otro lado, esta tutela del concebido no nacido se hace efectiva de una manera expresa en la legislación procesal, pues en ésta se reconoce explícitamente

capacidad procesal al concebido no nacido. Se podría plantear la cuestión de quien comparecerá en los juicios de los que sean parte, pero es la propia legislación quien resuelve la incógnita pues dispone que por ellos se personaran los que legítimamente fueran sus representantes legales si hubieren nacido. En el caso que nos ocupa, se podría plantear la cuestión de que podría haber conflicto de intereses al ser los propios progenitores los demandados y al mismo tiempo los representantes legales. Pero esto se soslaya por remisión a las normas del Código civil, que prevé la existencia de un defensor judicial para actuar en interés del concebido en estos casos, defensor que se puede solicitar por el propio menor, lo que en el caso no podría ser, a petición del Ministerio Fiscal y de cualquier persona capaz de comparecer en juicio.

XI. En el ámbito penal, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, incorporó un delito específico que contempla el supuesto planteado de transmisión de enfermedades y causación de lesiones al feto, a través del delito de lesiones al feto, consignado en los arts. 157 y 158 CP. Ambos preceptos se refieren a la realización de tales acciones por cualquier sujeto, por lo que cabría incluir dentro del tipo penal contemplado en ellos las acciones dañosas realizadas por los padres al feto. El art. 157 contempla el supuesto de lesiones dolosas al feto, considerando que pueden realizar el evento dañoso tanto el padre como la madre. Por su parte, el art 158 contempla únicamente la responsabilidad penal por imprudencia grave que, en este caso, solo puede imputarse al padre, pues el propio precepto excluye a la madre de este tipo penal, lo cual supone la impunidad de la madre en la modalidad de delito de lesiones imprudentes en base a que no se le puede exigir un deber de cuidado extra jurídico y no moral que interfiera en los derechos propios de la misma, aún cuando hay algún sector de la doctrina que se muestra contraria a esta solución legal.

XII. Una de las cuestiones más debatidas planteadas en este ámbito ha sido el alcance del término feto. Han existido dos posturas encontradas. Para un sector minoritario feto implica al concebido no nacido desde el mismo momento de su concepción. Para el sector mayoritario de la doctrina, feto hace referencia al embrión desde el momento de su anidación en el útero de la mujer. Siendo, en consecuencia, que, para efectos del tratamiento normativo de dicho delito, debe de entenderse que la salud e integridad física del concebido no nacido o feto (en el término utilizado por el precepto) se protegen desde la anidación del óvulo fecundado en el útero, finalizando

dicha protección en el momento del inicio del parto. También se plantea debate en la doctrina respecto a la necesidad de la viabilidad del mismo, determinando la existencia de dicha viabilidad para la tipicidad del delito de lesiones al feto.

XIII. En ambos tipos penales se contempla la comisión del delito por acción o por omisión, estando ante un delito de resultado material que abarca, según la jurisprudencia, los siguientes casos: 1) alteraciones patológicas de carácter anatómico o funcional como la privación de algún miembro del cuerpo (lesiones); 2) alteraciones somáticas del conjunto del organismo, como la causación de complicaciones respiratorias o cardiológica (enfermedad corporal); y 3) alteraciones psicológicas como la disminución del desarrollo intelectual (enfermedad mental). Conforme a la dicción del art. 147 CP dicha lesión o enfermedad debe perjudicar gravemente el normal desarrollo del feto, o provocar en el mismo una grave tara física o psíquica.

XIV. La transmisión de enfermedades o malformaciones al concebido no nacido por los progenitores delimitada como delito de lesiones al feto, determina para el declarado responsable penal una responsabilidad civil si del hecho se derivan daños y perjuicios (arts. 109 y 116 CP). La indemnización de tales perjuicios abarca tanto el daño material como moral. Dicha indemnización se extiende tanto a los realizados al feto como los irrogados a sus familiares o terceros (art. 113 CP). En este caso, tanto la reparación del daño como la indemnización de los perjuicios o efectos lesivos deben ser cuantificados económicamente para lo cual habrá que valorar el daño sufrido en base a un principio propio de la teoría general de la responsabilidad civil, que es el de *restitutio in integrum* o principio del resarcimiento íntegro del daño efectivamente causado.

XV. En cuanto a la valoración del daño realizado al feto por la transmisión de enfermedades o malformaciones, nuestro derecho no tiene norma específica que establezca parámetros concretos para valorar el daño corporal en general, ni en particular para valorar el daño derivado del delito de lesiones al feto. Dicha valoración se deja al arbitrio de los tribunales, quienes, a la vista de las circunstancias del caso, tras una valoración por un perito en la materia, establecerán el *quantum* de la reparación del daño. La doctrina ha puesto de relieve, con carácter general (art. 115 CP), la indeterminación de la valoración que de estos conceptos deben realizar nuestros tribunales, y que se puede llegar a valorar como daños una gran variedad de perjuicios.

Sin embargo, existe una norma que valora los daños en una situación concreta: los derivados de los accidentes por la circulación de vehículos a motor, que se establece en el *Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*, y cuyas tablas o baremos nuestros tribunales suelen utilizar como criterio indicativo para fijar la indemnización por daño corporal. Dado que en las mismas se hace referencia a los daños causados al feto, se podría pensar que tales criterios pueden servir de aplicación, únicamente a título indicativo, como ha subrayado doctrina y jurisprudencia, a efectos de valorar los daños ocasionados al feto por la transmisión de enfermedades y malformaciones por los progenitores, con las limitaciones señaladas.

XVI. Puede acontecer que, dado que el derecho penal debe ser la última *ratio* de intervención jurídica, la transmisión de enfermedades o malformaciones por los progenitores pueden no ser constitutivos del delito de lesiones al feto, como sucede explícitamente en el caso de la comisión imprudente de tales daños por la madre (art. 158.3 CP). En estos casos, quedaría expedita la vía civil para reclamar la correspondiente indemnización a través de la interposición de la acción de responsabilidad civil; de la misma manera, se podría acudir a la jurisdicción civil si se ha procedido a la reserva de acciones.

XVII. En cuanto a la transmisión de enfermedades por la madre durante la lactancia, hay que señalar que se ha constatado que existen un número limitado de enfermedades (no tantas como a priori se puede considerar) que pueden interferir en la lactancia y que efectivamente pueden hacer poco recomendable la misma por su posible transmisión. Pese a todo en el noventa por ciento de los supuestos la lactancia natural la OMS, otros organismos internacionales de protección al menor y expertos en la materia señalan que la fórmula aconsejada para la alimentación de los recién nacidos de forma exclusiva durante los primeros seis meses de vida es la lactancia materna. En caso de que la madre transmita a través de la lactancia una enfermedad al niño, se podría aplicar el tipo penal contemplado en el delito de lesiones general dolosas (art. 147 CP), pues el niño es una persona a efectos jurídicos, y por tanto, no cabe ya aplicar los preceptos relativos al delito de lesiones al feto. De la misma manera, si no se cumplen los presupuestos exigidos para que se derive una responsabilidad penal, puede surgir responsabilidad civil para la madre, si se cumplen los presupuestos exigidos del art. 1902 CC. Ahora bien, la decisión de la madre de optar por la lactancia natural depende

de la adecuada información que reciba de los especialistas, por lo que una ausencia de información o una inadecuada información determinaría la exoneración de la madre de la responsabilidad civil.

XVIII. En cuanto a la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil derivada de daños ocasionados al feto por sus progenitores no parece que exista ningún pronunciamiento de nuestros tribunales que de modo expreso contemple este caso en el ámbito civil. Sin embargo existen pronunciamientos de nuestros tribunales en las que se contempla fundamentalmente la responsabilidad de los profesionales sanitarios, normalmente por razón de negligencia médica. Asimismo, en el ámbito penal la mayor parte de las sentencias que contemplan la realización del delito de lesiones al feto se refieren a los daños ocasionados a éste por los profesionales sanitarios, y, en su caso, por los derivados de accidentes de circulación por vehículos de motor. Aunque, en dicho ámbito se ha presentado algún caso de daños ocasionados al concebido no nacido por sus progenitores, singularmente, por el padre, y curiosamente en dichos casos, nuestros tribunales no los han encuadrado en el delito de lesiones al feto (arts. 157 y 158 CP), sino en el delito de aborto provocado o en el delito de lesiones en concurrencia ideal, como el supuesto que se planteó en la STS 6 junio 2011 (RJ 2011\4542), en donde se contempló el caso de padre infectado por el virus del VIH/SIDA, que manteniendo relaciones con su mujer, transmitió a ésta dicho virus, y a la hija de ambos, quien adquirió el virus a través de su madre durante el parto. No obstante, los tribunales se han podido pronunciar sobre los posibles daños ocasionados al concebido no nacido por los progenitores de manera indirecta en algunas sentencias, y en jurisdicción distinta a la civil, aún cuando esos daños no pudieran ser atribuidos a los mimos; así en la STC 62/2007, de 27 marzo (RTC\2007\62), en recurso de amparo, en un caso de peligro para la mujer embarazada y posibles lesiones a su embarazo y al feto por la asignación a la misma de un puesto de trabajo que ponía en peligro la salud de la madre y el feto, resolviendo a favor de la madre por el peligro que tal situación implicaba para la salud de ambos.

XIX. La inexistencia de jurisprudencia al respecto no significa que tales situaciones no se produzcan en nuestra realidad social. Sin embargo, el acceso a los tribunales no es siempre factible, precisamente porque los daños se producen en un círculo tan íntimo que en muchas ocasiones se encuentra cerrado a terceros, incluso

aunque se trate de parientes. Existe evidencia científica de que en nuestra sociedad se producen casos de daños al concebido no nacido, bien por imprudencia bien dolosamente, que no han llegado a los tribunales. Así, por ejemplo, los daños causados al feto por la ingesta de determinadas sustancias tóxicas por los progenitores, especialmente por la madre, que si bien han sido tratadas médicamente, no lo han sido en la vía judicial; o los casos de niños infectados por el virus del VIH/SIDA por sus progenitores o el caso de consumo de drogas durante el embarazo. Ante estas situaciones de peligro para la integridad física y salud del concebido no nacido, la doctrina se ha planteado qué medidas sería posible imponer a la madre cuando ésta consume dichas sustancias para preservar la salud del feto, considerando que es una cuestión difícil de resolver. Sin embargo, la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, en virtud de la cual se modifica el art. 17 de la LOPJM de 1996, establece en el punto 9 la competencia de la Administración Pública para intervenir en las posibles situaciones de riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido, pudiendo adoptar las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento. Hay que destacar, no obstante, que estas medidas son de carácter puramente administrativo y de carácter preventivo, y no generan ningún tipo de responsabilidad para la madre.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., “Diagnóstico genético embrionario y libertad reproductiva en la procreación asistida”, *Revista de derecho y genoma humano*, 2006 (25), pp. 21-54.

“Derecho a la procreación (jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T. I, a-h (Dirtor. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genóma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 569-577.

AGÜERO RAMÓN-LLIN, E., “El sistema de valoración del daño corporal derivado de accidentes de circulación: mucho más que un baremo. Criterios de aplicación conforme a la Jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo y la Circular 10/2011 del Fiscal General del Estado. La propuesta de reforma elaborada por la Comisión de expertos”, *Documentos y normativa*, núm. 24, 24 de junio de 2014.

ALISTE SANTOS, T. J., “El favor nascituri y su aplicación por el juez ante las demandas de wrongful life y wrongful Barth”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 49, 2007, pp. 5-17.

Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil, Barcelona: Ed. Atelier, 2011.

ALVAREZ LATA, N., *Derecho de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Barcelona: Ed. Cálamo, 2004.

Lecciones de responsabilidad civil, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2013.

ÁLVAREZ PEÑA, O., “Consideraciones sobre la imprudencia profesional (médica)”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2, *Jurisdicción Penal*, 2014.

ÁLVAREZ TORRES, O. M., “¿Por qué la desjudicialización de los asuntos de familia?”, *vLex International*, núm. 6, 2011.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., “La incidencia del SIDA en el ámbito jurídico español”, en *Revista SEISIDA*, 10 (4), 1999, pp. 210-212.

Aproximación a la ley de investigación biomédica, Fundación Ciudadanía y Valores, 2008, www.funciva.org

“Drogodependencia, VIH y prevención. Efectos jurídicos de la falta de prevención”, *Revista Española de Drogodependencias*, 33 (4), 2008, pp. 330-341.

“Capacidad de obrar del menor en el ámbito sanitario y drogodependencias”, *Revista española de drogodependencias*, núm. 3, 2013, pp. 277-302.

“Responsabilidad civil derivada de transmisión del VIH/SIDA por vía sexual en el ámbito jurídico español”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, ISSN 1139-7179, núm. 34, 2014, pp. 229-265.

APARICIO TALAYERO, J. M^a., “Enfermedades transmitidas al bebe después del nacimiento por la madre, por ejemplo por la lactancia materna”, *Medicamentos, enfermedades y lactancia, una ayuda en español*, www.e-lactancia.org.

ARIAS CAYETANO, J., “El latín y el Derecho Romano en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo durante 2006”, *Noticias Jurídicas*, Marzo 2008.

ARROYO Y AMAYUELAS, E., *La protección al concebido en el Código civil*, Madrid: Ed. Civitas, 1992.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, “Manual de Lactancia Materna. De la teoría a la práctica”, Editorial Medica Panamericana.

ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural”, en *Daños en el Derecho de Familia* (Coord. J.R. de Verda y Beamonte), Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, p. 37-57.

“Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural”, *Revista española de Drogodependencias*, núm. 1, 2008, pp. 94-109.

BANCHIO, E., “Daño genético y responsabilidad civil”, *Responsabilidad por daños. Libro homenaje a Prof. Dr. Jorge Bustamante Alsina*, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

BANDRÉS MOYA, F., “Salud”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T. II, (Dr. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genóma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, 2011, pp. 1480-1481.

BARCELÓ DOMÉNECH, J., “El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar”, *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (Coord. Juan Antonio Moreno Martínez), 2012, pp. 79-128.

“El interés del menor como criterio de aplicación de la Ley Valenciana de relaciones familiares”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, pp. 790-803.

BARRIUSO, L., MIGUEL, M., SÁNCHEZ, M., “Lactancia materna: factor de salud. Recuerdo histórico Maternal”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 30, núm. 3, Pamplona, 2007, pp. 383-391.

BELLVER CAPELLA, V., “El consejo genético antenatal: derecho y buenas prácticas”, *Hacia una nueva medicina. Consejo genético* (Ed. Romeo Casabona, Carlos María), Cátedra Derecho y Genoma Humano, 2014, pp. 49-92.

BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., *Derecho penal. Parte Especial*, Madrid: Ed. Iustel, 2012.

BRAGE CEDAN, S., “Los delitos de lesiones en el Código penal de 1995”, *Dereito*, Vol.8, núm. 1, 1999.

BUSTO LAGO, J.M., *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Cálamo 2004,

CALVO MEJIDE, A., “El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista”, *Cuadernos de Bioética*, 2004 (2), pp. 283-298.

CARBONELL MATEU, J. C., GONZALEZ CUSSAC, J. L., “Lesiones al feto”, *Derecho penal. Parte Especial* (Coordres. Vivés Antón, Orts Berenguer, Carbonell Mateu, Martínez-Buján Pérez), Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2004.

CARCABA FERNÁNDEZ, M., “Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del pre.embrión)”, *La Filiación a finales del siglo XX*, Madrid: Ed. Gobierno Vasco/Ed. Trivium, 1988.

CARDONA LLORENS, A, MARHUENDA AMORÓS, D., “El delito de lesiones desde la perspectiva médico-legal”, *Cuadernos de Política criminal*, núm. 68, 1999 pp. 293- 315.

CARRATALÁ MUNUERA, M. C., GASCÓN PÉREZ, E., RAGA ORTEGA, M., “¿Es la lactancia materna un factor de protección ante los procesos infecciosos? Estudio de casos y controles”, *Atención Primaria*. 2005, 35(3), pp. 140-145.

CARRERA, J.M., et alii, *Diagnóstico prenatal*, Instituto Dexeus, Barcelona: Ed. Salvat, 1987.

CASTRO CORREIDOIRA, M., GUNIARTE CABADA, G., *Comentarios a la Reforma código penal de 2015* (Coordres. J.L. González Cussac, E. Górriz Royo, A. Matallín Evangelio), Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005.

CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil ‘ex delicto’: reparación del daño”, *La responsabilidad civil “ex delicto”* (Coordres. Gonzalo Quintero

Olivares, Santiago Cavanillas Múgica, Emilio de Llera Suárez-Bárcena), Pamplona: Editorial Aranzadi, 2002.

COBAS COBIELLA, M^a. E., “¿Embarazo y daños en la procreación? Algunas notas en relación a la cuestión”, *Revista Española de Drogodependencias*, 36 (4), 2011, pp. 479-490.

COBREROS MENDAZONA, E., “Enfermedades transmisibles (jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T I, (Dr. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genóma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, 2011, pp. 753-758.

COMITÉ DE LACTANCIA MATERNA DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, “Informe técnico sobre la lactancia materna en España”, *Anales Españoles de Pediatría*, núm. 50 (4), 1999, pp. 333-400.

CONCEPCION RODRIGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, 2^a ed., Barcelona: Ed. Bosh, 1999.

CORTES MAULEÓN, M. A., “Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2^a) Caso Costa y Pavan contra Italia. Sentencia de 28 agosto 2012 TEDH 2012\72”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Universidad de Almería, núm. 01, 2012.

CRISTOFARI, F., “Autodeterminación en las decisiones procreativas: identidad de género y familia”, *Medicina y ética: Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, Vol. 20, núm. 3, 2009, pp. 231-254.

CUERDA RIEZU, A., “Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1988, pp. 413-429.

DE ANGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988.

Tratado de responsabilidad civil, Madrid, 1993.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, T II, Madrid: Ed. Civitas, 1984 (reproducción facsimilar de la edición del Instituto de Estudios Jurídicos, 1952).

DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *La reproducción asistida humana sin consentimiento. Aspectos Penales*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1998.

DE LA MAZA GAZMURI, I., “Antes de que nazcas: año prenatales en el ámbito estadounidense, una visión muy panorámica”, *Daños en el Derecho de Familia* (Coord. J.R. de Verda y Beamonte), Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 83-101.

DE VERDA BEAMONTE, J. R., “Libertad de procreación y libertad de investigación. (Algunas reflexiones de las recientes leyes francesa e italiana sobre procreación asistida)”, *La Ley*, nº 6161, 4 enero de 2005.

Daños en el Derecho de Familia, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006.

“Daños en el Derecho de Familia: jurisprudencia reciente. Incumplimiento de deberes conyugales, nulidad de matrimonio, derecho de visitas”, *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 83, 2009, pp. 13-28.

Derecho civil I, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.

“Responsabilidad civil médica por privación de la facultad de optar por el aborto”, *Revista boliviana de derecho*, núm. 17, 2014, pp. 276-295.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., CHAPARRO MATAMOROS, P., “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”, *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. J. R. de Verda y Beamonte), *Monografías asociadas a la Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28. Cizur Menor, Navarra, España: Aranzadi, 2012, pp 23-50.

“Responsabilidad civil médica por privación de la facultad de optar por el aborto”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, pp. 276-295

DE VICENTE REMESAL, J., “La regulación de la imprudencia en el Código penal”, *Revista Xuridica Galega*, núm. 23, 1999, pp. 13-31.

DÍAZ PINTOS, G., “La concepción "totémica" del "nasciturus" en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Persona y Derecho*, 2006 (54), pp. 185-212.

DICCIONARIO Médico Teide, Barcelona, 5ª edición revisada (Reimpresión 1978)

DICCIONARIO Terminológico de Ciencias Médicas, Masson, 13ª ed., Reimpresión 1999.

DICKENS, B. M., COOK, R. J., “Los criterios ético y jurídicos del Feto como Paciente”, *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2003 (83), 85-91.

DÍEZ PICAZO, L., “La responsabilidad civil hoy”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979, p. 727-738.

Derecho de Daños, Madrid: Ed. Civitas, 1999.

Fundamentos del Derecho civil patrimonial, T V, La Responsabilidad civil extracontractual, Navarra: Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2011.

DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil, Vol. II/2. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad Extracontractual*, Madrid: Ed. Tecnos, 11ª ed., 2015.

DÍEZ RIPOLLES, J.L., GRACIA MARTÍN, L., LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I, Título I al VI y faltas correspondientes*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1997.

DORLAND: Diccionario enciclopédico ilustrado de Medicina, Tomo II, Ed McGraw-Hill/ Interamericana de España, 29ª ed., 2003, p. 1931.

EISENBERG, A., MURKOFF, H. E., HATHAWAY, S. E., *Qué se puede esperar cuando se está esperando*, Barcelona: Ediciones Medici, 1999.

ELIZARI URTASUN, L., “El daño en las acciones de Wrongful Brith y Wrongful Life”, *DS: Derecho y salud*, Vol. 19, núm. Extra 1, 2010 (Ejemplar dedicado a: XVIII Congreso "Derecho y Salud"), pp. 139-163.

EMALDI CIRIÓN, A., “El consejo genético y la responsabilidad de los médicos que asesoran”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. nº 4, Sección Estudios, 2001, pp. 727-745.

“Diagnóstico preimplantatorio (jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo I. a-h (director C.M. ROMEO CASABONA), Bilbao-Granada: Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, 2011, pp. 630-641.

“Diagnóstico prenatal (jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo I. a-h (director C.M. Romeo Casabona), Bilbao-Granada: Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, 2011, pp. 641-651.

ENCICLOPEDIA MÉDICA MEDLINEPLUS, sitio web de los Institutos Nacionales de la Salud para pacientes, familiares y amigos, producida por la Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos

<https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/aboutmedlineplus.html>.

FALCÓN ROMERO, M., LUNA MALDONADO, A., “Problemas ético-jurídicos en el consumo de drogas durante el embarazo”, *Cuadernos de Bioética*, XVIII, 2007 (2), pp. 239-245.

FEERO, WG., ZAZOVE, P., STEVENS, NG., “Clinical genetics (genomics)”, en Rakel RE, ed., *Textbook of Family Medicine*, 8th ed. Philadelphia, Pa: Saunders Elsevier, 2011, Capítulo 44.

FEMENÍA LÓPEZ, P. J., *"Status" jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido "in vitro"*, Madrid: Ed. McGraw-Hill, 1999.

Enciclopedia de Bioderecho y Bioética T. I, (Dr. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, 2011, pp. 703-720.

FERNÁNDEZ, R., MARTÍN, F. J., "Promoción de la lactancia materna: una experiencia de intervención comunitaria y coordinación entre niveles", *Index de Enfermería*, 1998, 7 (22), pp. 20-25.

FERRER RIBA, J., "Relaciones familiares y límites del Derecho de daños", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. II, Madrid: Ed. Cívitas, 2003, pp. 1837-1868.

FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid, 1991.

FRANCÉS, F., "La protección del feto maltratado", *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, núm. 2, enero-marzo, 2011, p. 3.

GALÁN DÍAZ, A. E., *"MF1450-3: Procesos De inclusión de personas con discapacidad en espacios de ocio y tiempo libre"*, IC Editorial, 2014.

GAMBINO, G., "El moderno "derecho al hijo". Reflexiones biojurídicas a partir del juicio de las dos madres del Rey Salomón", *Medicina y ética: Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, Vol. 25, núm. 2, 2014, pp. 215-234.

GARCÍA MIRANDA, C. M^a., "Las lesiones al feto", *Cuadernos de Bioética*, Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, 1999 (1), pp. 111-117.

GIOVANNI, M., BADERALI, G., AGOSTINI, C., SILANO, M., RADAELLI, G., RIVA, E., "Epidemiology of breastfeeding in Italy", *Acta Paediatrica Supplement*, 1999, 88 (430), pp.19-22.

GODOY, O., "Derecho a la procreación versus derecho a la filiación", *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 2003 (1), pp. 193-206.

GÓMEZ CALLE, E., "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno", *Tratado de responsabilidad Civil*, T I (Coord. L. F. Reglero Campos), 3^a ed., Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 2008.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., "Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual", Barcelona, 2001 (www.InDret.com.).

GÓMEZ RIVERO, M.^a C., *La responsabilidad penal del médico*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2008.

GONZÁLEZ GOZALO, A., “Comentario al art. 30 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona: Ed. Thomson-Aranzadi, 3^a ed., 2009.

GONZÁLEZ-HACHERO, J., MARTÍNEZ MALAGÓN, M. C., “Repercusiones en los hijos de la drogadicción de los padres”, *Anales Españoles de Pediatría*, 1999 (51), pp. 4-8.

GONZÁLEZ RIBAS, M.^a C., “¿Validez moral de la fecundación 'in vitro'? el derecho a la procreación, una cuestión de racionalidad”, *Cuadernos de realidades sociales*, núms. 37-38, 1991, pp. 197-206.

GRACIA MARÍN, L., BOLODOVA PASAMAR, M. A., ALASTUEY DOBÓN, C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español (El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito)*, Valencia, 1996.

GRACIA MARTIN, L., CORDOBA RODA, J., *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Madrid: Ed Marcial Pons, 2004.

GRACIA MARTÍN, L., ESCUCHURI AISA, E., *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética. Estudios de los Títulos IV y V del Código penal*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005.

GRAUER GODOY, A., “Nuevos problemas jurídicos derivados de la Ley de Investigación Biomédica”, *DS: Derecho y salud*, Vol. 16, núm. 2, 2008, pp. 243-248.

GUTIERREZ SANTIAGO, P., “Aspectos civiles (patrimoniales y personales) de la protección jurídica al concebido no nacido”, *Laicidad y libertades*, 2010 (10), pp. 195-254.

HERNÁNDEZ AGUILAR, M. T., et alii, Grupo de trabajo CS-IHAN, “Centros de Salud IHAN (Iniciativa de Humanización de la Atención al Nacimiento y la Lactancia): Una garantía de calidad”, *Revista Pediatría Atención Primaria*, vol. 11, núm. 43, Madrid, jul-sept 2009.

HERNÁNDEZ AGUILAR, M., AGUADO MALDONADO, J., “Como promover y apoyar la lactancia materna en la práctica pediátrica. Recomendaciones del Comité de Lactancia de la AEP”, *Anales de pediatría* (Barcelona), núm. 63 (4), 2005, pp. 340-356.

“Lactancia materna. Últimas evidencias”, *Anales de Pediatría Continuada*, 12/2003, 1(3), pp. 175-180.

HERNÁNDEZ AGUILAR, M., MUÑOZ GUILLÉN, B. A., LASARTE VELILLASC, J. J., GARCÍA VERAD, C., DÍAZ MARIJUANE, C., MARTÍN CALAMAF, J., “La lactancia materna en la Comunidad Valenciana. Análisis multivariante de una encuesta a 6.400, lactantes”, *Revista de Pediatría de Atención Primaria*, 2004 (6), pp. 19-37.

HERNÁNDEZ GIL, F., “Sobre la figura del defensor judicial de menores”, *Revista de Derecho Privado*, 1961.

HOMS SANZ DE LA GARZA, J., *Intervención Penal. Avances en medicina legal: ingeniería genética, alteraciones psíquicas y drogas*, Madrid: Ed. Bosch, 1999 (recurso electrónico: Ed. vLex).

HORTAL IBARRA, J.C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo resolver la cuadratura del círculo”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4/2014, www.indret.com.

HOSTALOT ABÁS, A. M., SORNÍ HUBRECHT, A., JOVANÍ RODA, L., ROSAL ROIG, J., MERCÉ GRATACÒS, J., IGLESIAS NIUBÓ, J., *et alii*, “Lactancia materna en el sur de Cataluña. Estudio de los factores socioculturales y sanitarios que influyen en su elección y mantenimiento”, *Anales Españoles de Pediatría*, núm. 54 (3), 2001, pp. 297-302.

HOYO SIERRA, I. A., “La responsabilidad familiar”, *Fundamentos de conocimiento jurídico. ¿Porqué se es responsable jurídicamente?* (Edtres. A. Sánchez de la Torre, I. A. Hoyo Sierra), Madrid: Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Ed. Dykinson, 2006, pp. 65-82.

HUALDE SÁNCHEZ, J., “La personalidad”, *Manual de Derecho Civil I (Introducción y Derecho de la Persona)*, (Coordres. Puig y Ferriol, L., Gete-Alonso y Calera, M^a. C., Gil Rodríguez, J., Hualde Sánchez, J.), Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997.

HUERTA TOCILDO, S., “De cierta incongruencias y aparentes paradojas en los delitos de lesiones al feto”, *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en honor del Prof. José Manuel Valle Muñiz* (Coordres. Quintero Olivares, Morales Prats), Navarra, 2001.

HUERTA TOLCIDO, S., OLIVA GARCIA, H., *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid: Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1977.

ISLER SOTO, E. M., “Aproximación y alcances del derecho a la procreación”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes (Colombia), 2010, pp. 3-25.

JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal (Actualizado conforme a la Ley de Juicios Rápidos)*, Madrid, 2004.

JUAN SOLARI, A., *Genética Humana. Fundamentos y aplicaciones en Medicina*, 3ª ed. Reimp., Buenos Aires: Editorial Médica Panamericana, 2007.

LACADENA CALERO, J. R., “La Ley 14/2007 de Investigación Biomédica: algunos comentarios sobre aspectos éticos y científicos”, *Revista de derecho y genoma humano*, núm. 27, 2007, pp. 13-35.

“Embrión (técnico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* T. I, (Dr. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, 2011, pp. 720-730

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil, I, Vol. 2º, Personas*, 3ª ed. revisada y puesta al día por J. Delgado, Madrid: Ed Dykinson, 2002.

LALATTA COSTERBOS, A. M., “Bioética y autonomía a partir del caso Perruche. Formas de discriminación entre procreación y diagnóstico prenatal”, *Derechos y libertades*, núm. 25, 2011, pp. 87-113.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “El artículo 29 del Código civil como norma general de protección jurídica del concebido”, *Revista jurídica del notariado*, núm. 39, 2001, pp. 137-152.

LAMARCA PEREZ, C., *Manual Derecho Penal. Parte especial*, Madrid: ed. Colex, 5ª ed., 2010.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, 19ª ed., Madrid: Ed. Marcial Pons, 2015.

LASARTE VELILLAS, J. J., “El papel del padre durante la lactancia materna”, *Revista electrónica de información para padres de la Asociación Española de Pediatría de Atención Primaria (AEPap)*, Vol. 2. núm. 4, 2009.

LASARTE VELILLAS, J. J., HERNÁNDEZ AGUILAR, M. T., “Lactancia materna: preguntas más frecuentes”, *Revista Pediatría Atención Primaria*, vol. 11, supl. 17, Madrid, oct.-dic 2009.

LATORRE LATORRE, V., “Lesiones al feto”, *Mujer y Derecho penal*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1995.

LLAMAS POMBO, E., “Divorcio y responsabilidad civil”, *Práctica derecho de daños* 25, 2005, pp. 3-6.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Valencia, 1997.

LÓPEZ MORATALLA, N., “FIV y Deficiencias en la Relación intergametos y en la relación inicial madre-hijo”, *La Humanidad In Vitro*, Granada: Ed. Comares, 2002.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C., “Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores”, *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. J.A. Moreno Martínez), Madrid: Ed. Dykinson, 2012, pp. 247-293.

LORCA NAVARRETE, A. M^a., “La personalidad procesal del concebido no nacido para todos los efectos que le sean favorables en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: ¿un supuesto de apología antiabortista?”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje = Zuzenbide prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria*, vol. 11, núm. 3, 1999.

Tratado de derecho procesal civil. Parte especial, Madrid: Dykinson, 2000; *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento civil* (Coordres. Lorca Navarrete, Guilarte Gutierrez), Valladolid: Ed. Lex Nova, 2000.

MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de Wrongful birth y wrongful life)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

“Una visión general de las acciones de responsabilidad por "wrongful birth" y "wrongful life" y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, num. 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad), pp. 65-94.

“La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 2007 (27), pp. 3-37.

“Responsabilidad perinatal (jurídico)”, en la *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T. II, (Dirtor. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genóma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, 2011, pp. 1450-1469.

MADRUCA TORREMOCHA, I., “Los derechos de los niños frente a los derechos de las madres”, *Panorama social*, núm. 10 (Segundo semestre), 2009, pp. 82-94.

MAKIANICH DE BASSET, L. N., “Daño genético. Luces y sombras de la doctrina de la inmunidad parental”, *Libro Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg* (Dtores. Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto), Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1995.

MARTÍN-CASALS, M., RIBOT IGUALADA, J., “Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LXIV-II, Abril 2011, pp. 503-561.

MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M., GÓMEZ DE LIAÑO Y COBALEDA, M., *La incapacidad y figuras afines*, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 1987.

MARTÍNEZ ATIENZA, G., *Código Penal. Artículos 1 a 137*, Ed. Experiencia, 2013.
MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Comentarios a los arts. 29 a 34 del Código civil", en *Comentarios al Código Civil*, T II, Vol.1º (Coord. J. RAMS ALBESA), Barcelona: Ed. Boch, 2000.

MAZZILLI, E., "La Acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 1, núm. 10, 2012, pp. 79-111.

MEDINA, G., "¿Existe un derecho subjetivo a la procreación? (la solución en la jurisprudencia norteamericana y francesa)", J.A., 17/7/96.

"Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de procreación", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2014 (1), pp. 53-58.

MEDINA CRESPO, M., "El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte: Luces y sombras del sistema valorativo, diez años después; y sobre todo el inextinguible porvenir", www.asociacionabogadosrcs.org/.../marianoMedinaLucroCesante.pdf

MEDINA, G., HOOFT, I., "Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural" (jurisprudencia italiana, norteamericana y Canadiense), *Daños en el Derecho de familia*, Buenos Aires-Santa Fé: Ed. Ruinzal-Culzoni, 2002, pp. 291-355.

MEDINA, G., WINOGRAD, C., "Los homosexuales y la procreación asistida en la legislación y la jurisprudencia comparada", LexisNexis Jurisprudencia Argentina, JA 1/11/2000-IV-1078 (número especial Bioética).

MÉNDEZ COSTA, M^a. J., "La Pietas Familiae en la responsabilidad Civil", *Libro Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg* (Dtores. Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto), Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1995.

MENDOZA ALONZO, P., "Daños morales por infidelidad matrimonial. Un acercamiento al derecho Español", *Revista Chilena de Derecho y política*, vol. 2, núm. 2, 2011, pp. 41-64.

MENDOZA CÁRDENAS, H. A., SONIA LÓPEZ GARCÍA, M. C., "Inicio y fin de la vida: 'aspectos biojurídicos'", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 22, México, 2011, p. 15-23.

MIMBRERA TORRES, E., *Comentarios al Código penal*, Madrid.

MIRANDA CANALES, M. J., "La procreación artificial, un problema para el Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2001 (4), pp. 389-395.

MOLA SANNA, B., IGUAL AYERBE, B., “La gestión del conflicto en el ámbito de la salud”, *Revista ROL de enfermería*, 33 (2), 2010, pp. 18-27.

MOLINER NAVARRO, R. M^a., “Los derechos de ‘autonomía’ y el ‘interés superior del niño’ como ejes de la convención internacional sobre los derechos del niño. Su recepción en el derecho español”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna domínguez* (Coord. Josefina Alventosa del Río, Rosa María Moliner Navarro), vol. 1, 2008 (Volumen I), pp. 755-788.

“Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España”, *Actualidad civil*, núm. 2, 2001, pp. 487-519.

MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. de, “La ley de investigación biomédica: una aproximación crítica a algunos aspectos relacionados con la investigación”, *Dilemas bioéticos actuales: investigación biomédica, principio y final de la vida* (Ed. R. Junquera de Estéfani, F. J. de la Torre Díaz), 2012, pp. 73-98.

MONTERROSO CASADO, E., ESCUDERO HERRERA, E., *Presupuestos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. UDIMA, 2^a ed., 2011.

MONTÉS PENADÉS, V.L., "Comienzo y fin de la personalidad", *Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona* (Coord. por F. BLASCO GASCÓ), Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 4^a ed., 2003.

MOSQUERA VÁZQUEZ, C., *Derecho y Genoma humano*, San Marcos, Perú, 1997.

MOSSET ITURRASPE, J., “De la responsabilidad de los padres por hechos propios frente a sus hijos”, *Responsabilidad de los padres y tutores y guardadores* (Coordres. Mosset Iturraspe, D’Antonio y Novellino), Buenos Aires-Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.

NAVEIRA ZARRA, M. M^a., “El evento dañoso”, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual* (Dir. J. M^a. Pena López), Barcelona: Ed. Cálamo, 2004, pp. 41-55.

NOVALES ALQUEZAR, M.^a A., “Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2006 (60), pp. 197-218.

NOVELLINO, N. J., “Responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos”, *Derecho de daños. Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2000.

NUSSBAUM, R. L., MCINNES, R. R., WILLARD, H. F., HAMOSH, A., *Genética en Medicina*, Ed. Elsevier Masson, 7ª ed., 2008.

OCHOA CALTELEIRO, A., “La indemnización de la víctima en el proceso penal español y la nueva Directiva de la U.E”, Resumen del discurso pronunciado por la Dra. Ochoa Casteleiro en la Universidad de Bolonia, el 12 de Abril de 2013, durante la conferencia *L'immane concretezza della vittima: "buone pratiche" esviluppi normativi alla luce della direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*, Ed Good practices for protecting victions inside and out side the criminal process.

OLIVAS COLLADO, V., *Acompañamiento de personas con discapacidad en actividades programadas*, IC Editorial, 2014.

OLMEDO CARDENETE, M., “Las lesiones al feto y el objeto de protección en los artículos 157 y 158 del Código penal español”, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani* (Coordres. Ignacio Francisco Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva, Jaime Miguel Peris Riera), Madrid: Ed. Dykinson, 2005.

OLLERO, A., *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, Madrid: Ed. Rialp, 1994.

ORTIGOSA GÓMEZ, S., LÓPEZ-VILCHEZ, Mª. A., DÍAZ LEDO, F., CASTEJÓN PONCE, E., CABALLERO RABASCO, A., CARRERAS COLLADO, R., MUR SIERRA, A., “Consumo de drogas durante la gestación y su repercusión neonatal. Análisis de los períodos 1982-1988 y 2002-2008”, *Medicina Clínica*, Vol. 136, núm. 10, 2011, pp. 423-430.

ORTS BERENGUER, E., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2014.

OSTERLING PARODI, F., CASTILLO FREYRE, M., “Responsabilidad Civil por transmisión de enfermedades: Sida y responsabilidad”, *Derecho y Sociedad*, año XIV, núm. 20, 2003.

PACHECO JIMÉNEZ, Mª, N., “Responsabilidad médica derivada de negligencia en el diagnóstico prenatal: acciones "wrongful birth" y "wrongful life". Repercusión de la proyectada ley de protección de la vida del concebido”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 15, 2012-2013, pp. 287-308.

PADIAL ALBÁS, A., TOLDRÀ I ROCA, Mª. D. (Coords.), *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2007.

PAÑOS PÉREZ, A., “Responsabilidad civil médica por wrongful birth y wrongful life”, *Diario La Ley*, núm. 8396, 2014.

PALAO MORENO, G., *Responsabilidad civil extracontractual en el Derecho europeo*, Valencia, 2008.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Procreación artificial y responsabilidad civil”, *La filiación a finales del S. XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco*, Madrid: Ed. Trivium, 1988.

“Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Centenario del Código civil (1889-1989)*, T II, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 1561-1591.

“Comentario al art. 1.902 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, T II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1981-1988.

PARELLADA, C. A., “Una aproximación al Derecho de Daños frente al manipuleo genético”, *Derecho de Familia. Libro Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*, Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1990.

PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad extracontractual aquiliana o delictual*, T. II, Vol. 2º, *Parte especial*, Barcelona: Ed. Boch, 1990.

PENA LÓPEZ, J.Mª., et alii, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, 2004.

PEÑA LÓPEZ, F., “La responsabilidad civil derivada de delito”, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, 2004.

PERIS RIERA, J.M., *La Regulación penal de la manipulación genética en España*, Madrid: Ed. Civitas, 1995.

QUINTANAR DÍEZ, M., *Elementos de Derecho Penal Parte General*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2014.

QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, *La responsabilidad civil “ex delicto”*, Pamplona: Thompson-Aranzadi, 2002, pp. 19-33.

REGIS PRADO, L., “Salud pública”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T. II, (Dirtor. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genóma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, 2011, pp. 1481-1485.

REGLERO CAMPOS, L. F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, *Tratado de responsabilidad Civil*, T I (Coord. L. F. Reglero Campos), Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 3ª ed., 2008.

“El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima o fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, *Tratado de responsabilidad Civil*, T I (Coord. L. F. Reglero Campos), Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 3ª ed., 2008.

RIVERA, J.C., *Instituciones de Derecho civil, T II, Parte general*, Buenos Aires: Ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, 3ª ed., 2004.

ROCA TRÍAS, E., “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2009.

ROCA TRIAS, E., “La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, en *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio* (Coord. J.A. Moreno Martínez), Madrid: Ed. Dykinson, 2000, pp. 533-563.

Derecho de daños, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2007.

ROCA TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños. Textos y materiales*, 6ª ed., Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., “Responsabilidad civil derivada del delito o falta y culpa extracontractual”, *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada: Ed. Cómares, 1984.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. Mª., *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor, Navarra: Ed. Cívitas Thomson Reuters, 2009.

RODRIGUEZ RAMOS, L., SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *Derecho Penal. Parte especial*, Madrid: Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1996.

ROMEO CASABONA, C. Mª., “El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico-penales”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* núm. 3, 1987, pp. 798-819.

“La protección jurídica del concebido. El feto como paciente”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1989 (7), pp. 437-452.

El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

“Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas”, *DS: Derecho y Salud*, Vol. 4, núm. 1, 1996,

“Los delitos contra la vida humana: el delito de homicidio”, *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires-Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003.

Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, Granada: Ed. Comares, 2004.

“Evolución del tratamiento jurídico penal de la imprudencia del personal médico sanitario”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 13, 2007, pp. 211-252.

“La Ley de Investigación Biomédica: pros y contras”, *Bioètica & debat: Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*, núm. 50, 2007, pp. 22-28.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “El consentimiento informado su evolución jurisprudencial”, XVI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 22 al 24 de octubre de 2009.

ROMERO COLOMA, A. M^a., *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Barcelona: Ed. Bosch, 2009.

“Las acciones de "Wrongful birth" y "Wrongful life" en el Ordenamiento jurídico español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010, pp. 2559-2608.

ROS CODOÑER, J., “Familia, procreación y valor de la vida”, *Cuadernos de Bioética*, núm. 68, 2009, pp. 75-76.

RUIZ LARREA, N., “El daño de procreación”: ¿un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?”, *Diario La Ley*, 3 de marzo de 1998, pp. 2039-2046.

SÁINZ-CANTERO CAPARROS, M^a. B., *Práctica de derecho de Daños*, núm. 121, Sección estudios, Ed. La ley, 2014.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. B., PÉREZ VALLEJO, A. M^a., *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Granada: Ed. Comares, 2012.

SALÁS DARROCHOA, J. T., “El concepto de feto en el Código penal español”, *Derecho y Salud*, Vol. 13, núm. 1, 2005, pp. 109-130.

SALAS SALAZAR, C., *El derecho fundamental a la reproducción en la Constitución Española*, Tesis doctoral, Ed. Académica Española, Universidad de Castilla la Mancha, 2008.

SALVADOR CODERCH, P., RUIZ GARCÍA, J. A., “Comentari a l’article 1”, *Comentaris al Codi de família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mútua* (Coordrs. Joan Egea Fernández, Josep Ferrer Riba), Madrid: Ed. Tecnos, 2000.

SAMBRIZZI, E. A., “Reclamo a los padres de indemnización por la transmisión genética de enfermedades graves”, *Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales*, Tomo IV, Buenos Aires: La Ley, 2006.

SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil*, Madrid, 2001.

SAUX, E., GUERIN, M^a. E., “El daño genético”, *Libro de Ponencias del Congreso Internacional “La persona y el Derecho en el fin del siglo”*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, 1996.

SEIJAS QUINTANA, J. A., *Responsabilidad civil: aspectos fundamentales*, Madrid, 2015.

SERRA, A., “El Estado Biológico del embrión Humano. ¿Cuándo comienza el ser humano?”, *Comentario Interdisciplinar a la “Evangelium Vitae”*, BAC, Madrid, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado”, *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

SOPENA MOÑINO, C., “¿Derecho a la procreación o legítimo deseo de ser padres?: a propósito del auto de 13 de mayo de 2003 del juzgado de primera instancia nº 13 de Valencia”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, 2003 (7), pp. 127-136.

SUANZES PÉREZ, F., “Los delitos de lesiones. Especial referencia a las lesiones al feto”, *El derecho sanitario y su marco constitucional*, Col. Lecciones de Derecho Sanitario, Universidade da Coruña, A Coruña, 1999, pp. 489-517.

TEJADA MÍNGUEZ, I., “Enfermedades hereditarias (técnico)” *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T I, (Dtor. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genóma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, 2011, pp. 749-753.

TOBIAS, J. W., *Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de los hijos contra los padres por transmisión de enfermedades*, La Ley, Buenos Aires, 1991-A-950.

TORAL LARA, E., “Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento español”, *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, (Dtor. Eugenio Llamas Pombo), 2014, pp. 251-289.

UREÑA MARTÍNEZ, M., “Comentario a la STS de 6 de junio de 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 45, 1997, pp. 1115 y 1116.

URRUELA MORA, A., ROMERO MALANDA, S., “Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica”, *Revista de Derecho penal*, núm. 34, 2011, pp. 35-74.

USANDIZAGA, J.A., “Consejo genético y diagnóstico prenatal: problemas éticos”, *Dilemas éticos de la Medicina actual*, Madrid, 1986, pp. 301 ss;

VARGAS ARAVENA, D., *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid: Ed. La Ley, 2009.

VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: Tipología y valoración*, Barcelona, 1994.

“El daño”, *Tratado de responsabilidad Civil*, T I (Coord. L. F. Reglero Campos), Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 3ª ed., 2008.

VIDAL MARTÍNEZ, J., *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada: Ed. Comares, 1998.

“Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad nº 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Revista Derecho y Genóma Humano*, 12/2000, pp. 113-137.

“Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo”, *Revista de Derecho y Genóma Humano*, 34/2011, pp. 155-201.

“Consejo genético en diagnóstico antenatal”, *Hacia una nueva medicina. Consejo genético*, (Ed. C. Mª. Romeo Casabona), Cátedra Derecho y Genóma Humano, 2014, pp. 93-152.

“Acerca del Derecho a la protección de la salud en relación con los avances en biomedicina desde la perspectiva del Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015, pp.1-41.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., RAVETLLAT BALESTE, I. (Coords.), *Los Derechos de la infancia y de la adolescencia. Congresos mundiales y temas de actualidad*, Barcelona, 2006.

El desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España, Barcelona: Ed. Bosch, 2006.

Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2009.

VILLANUEVA CAÑADAS, E., “Enfermedad”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T. I, (Dtor. Carlos María Romeo Casabona), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya, de Derecho y Genóma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Granada: Ed. Comares, 2011, pp. 732-736.

VIVAS TESÓN, I., “La responsabilidad civil médica en los supuestos de Wrongful Birth y Wrongful Life: análisis jurisprudencial”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 11, 2003, pp. 403-416.

“Daños en las relaciones familiares”, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2011, pp. 333-342.

“Daños en las relaciones familiares”, *Pensar, Fortaleza*, vol. 17, núm. 2, 2012, pp. 523-538.

XIOL RÍOS, J. A., “La utilización del sistema legal de la Ley 30/95 para valorar los daños corporales producidos al margen de los hechos de la circulación. Apuntes de jurisprudencia”, *Congreso sobre Responsabilidad civil*, Cáceres, 2006.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid: Ed. Dykinson, 2001.

“La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate”, *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana* (Coords. R. de Ángel Yágüez y M. Yzquierdo Tolsada), Madrid: Ed. Dykinson, 2001.

“La responsabilidad civil en el proceso penal”, *Tratado de responsabilidad civil*, Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 2006, pp. 539-619.

ZANNONI, E., “Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)”, *Derecho de daños. Libro Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, 1989.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., MORENO TORRES-HERRERA, R. M., MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.

